Die Aufrechnung
im
französischen, englischen und deutschen Rechte,
insbesondere im deutschen internationalen Privatrechte.

Abhandlung

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

Franz-Joseph Rausch

aus Trier

Bonn 1937

L. Neuendorff, Bonn, Kaiserstr. 42

Angenommen auf Bericht
des Professors Dr. H. Dölle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Vorliegende Arbeit ist aus einem Referat entstanden, welches der Verfasser über die Hinterlegung, den Erlaß und insbesondere die Aufrechnung als Erfüllungssurrogate im deutschen internationalen Privatrechte in einem bürgerlich-rechtlichen Seminar von Prof. Dr. Dölle gehalten hat.

Meinen Eltern!

Verzeichnis der benutzten Schriften.

I. Französisches Schrifttum.

1. Schriftsteller.

Aubry et Rau: Cours de droit civil français. IV. vol. Paris. 1902.

Audinet, Eugène: Principes élémentaires du droit international privé. 2e éd. 1906.

Barré: Le code civil allemand et le code français comparés entre eux. 2e. éd. Berlin-Paris. 1898.

Béquignon, Charlotte: La dette de monnaie étrangère. 1925.

Brocher: Cours de droit international II. vol. Paris-Genève. 1883.

Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil français. 4e. éd. 1924; 5e. éd. 1927.

Dalloz: Précis de droit civil. II. vol. 1928.

Despagnet: Frantz: Précis de droit international privé. Paris. 1909.

Dreyfus, Georges: L'Acte juridique en droit international privé. 1904.

De la Grassérie, R.: Code civil de Venézuela. Paris. 1897.

— Code civil pérurien. Paris. 1896.

Lescable: Des questions de droit international privé en matière d'obligations.

Lehr: Eléments de droit civil scandinave. Paris. 1901.

Pillet, Antoine: Traité de droit international privé. II. vol. Grenoble-Paris. 1924.

Planiol:, M.: Traité élémentaire de droit civil. 8e éd. 1921 et II. vol. Paris. 1909.

Planiol, M. et Ripert, G.: Traité élémentaire de droit civil. 10e. éd. 1925.

Rolin: Principes de droit international privé. II. vol.: Applications 1887.

Scherer: Des principales différences entre le code civil français et le code Guillaume II. Paris. 1903.

Surville (F.) et Arthués (F.): Cours élémentaire de droit international privé. Paris. 1910.

Surville (F.): Cours élémentaire de droit international privé. Paris. 1925.
Valery: Manuel de droit international privé. Paris. 1914.
De Vareilles-Sommaires: La Synthèse de droit international privé. 1897.
Weiss, André: Traité théorique et pratique de droit international privé. 2e. éd. 1912.

2. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Gazette du Palais. 1927.
Journal de droit international privé (Clunet). 1891.
Journal Officiel.
Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz. (= DP.).

II. Italienisches Schrifttum.

1. Schriftsteller.

Ascarelli, T.: La moneta. 1923.
Bellucci, Tosi: La compensazione nel diritto internazionale privato im Archivio Giuridico 84, 9 ff.
Bolaffio: Codice di commercio commentato[5].
Cereti, Carlo: Le obbligazioni nel diritto internazionale privato. Torino. 1926.
Chiovenda: Principii de diritto processuale civile. Napoli. 1908.
Diena, Guilio: Principii di diritto internazionale privato. Milano-Roma-Napoli. 1926.
Mortara: Commentario del Codice e delle leggi de procedura civile. vol. II. Milano
Sacerdoti: Des Conflicts de lois en matière de compensation des obligations im Journal du droit international privé (Clunet).
Scaduto, G.: I debiti pecuniari e il deprezzamento pecuniario. 1921.

2. Zeitschriften.

Archivio Giuridico. Bd. 84.
Rivista di diritto commerciale. 20, II, 205.

Holland:

Kosters: Internationaal Burgerlijk Recht in Nederland. Haarlem. 1917.
Weekblad voor privatrecht. 1924.

Schweiz:

Meili: Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis. Zürich. 1902.

III. Englisches Schrifttum.

1. Schriftsteller.

Dicey, A. V.: A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws. 1908.
Foote, A.: A concise Treatise on Privat International Jurisprudence. 1904.
— Privat International Law. London. 1926.
Halsbury, The Earl of: The Laws of England. Tome 25, 1913 and 1931.
Jenks, Edward: Digest of English Civil Law. Tome I. Ed. 1921.
Leaks: On Contracts. London. 1921.
Loenholm, H. L.: The civil Code of Japan. 1903.
Raleigh, C. Minor: Conflict of Laws. 1901.
Snell's: Principles of Equity. 19. Ed. London. 1925.
Stephen-Jenks: New Commentaries on the Laws of England. Tome III. 16. Ed.
The American and English Encyclopaedie of Law. 1903.
Westlake, John: A Treatise on Privat International Law. I. London. 1922.
— Lehrbuch des internationalen Privatrechts. Deutsch von Holtzendorff. 1884.
Wharton, Francis: A Treatise on the Conflict of Laws on Privat International Law. 1905.
Williams: Law and Practice of Bankrupty. 14. Ed. London. 1932.

2. Entscheidungen.

Astley v. Gurney, 1869, L.R. 4 C.P. 714.
Bake v. French, 1907, 1 Ch. 428.
Carr v. Hinchcliff, 1825, 4 B. u. C. 538.
Clarke v. Fell. 1833, 4 B. u. Ad. 404.
Cooke v. Eshelby, 1887, 12 A.C. 271.
Ellis and Co's Trustee v. Dixon-Johnson, 1925, A.C. 489.
Evans v. Prosser, 1787, 3 T.R. 186.
David v. Rees, 1904, 2 K.B. 435.
Goy and Co. Ltd. in re, 1900, 2 Ch. 149.
Grove v. Dubios, 1786, 1 T.R. 112.
Goodfellow v. Gray, 1899, 2 Q.B. 198.
Lord (Trustee of) v. Great Eastern Railway Company, 1908, 2 K.B. 54.
Mc.Kinnon v. Armstrong Brothers and Co., 1877, 2 A.C. 531.
Mead v. Bashford, 1850, 5 Ex. 336.

Montagu v. Forwood, 1893, 2 Q.B. 350.
Murphy v. Glass, 1869, L.R. 2 C.P. 408.
Oven v. Wilkinson, 1858, 5 C.B. (N.C.) 526.
Rawley v Rawley, 1876, 1 Q.B.D. 460.
Richards v. James, 1848, 2 Ex. 471.
Rose v. Hart, 1818, 8 Taunt 499.
Semenza v. Brinsley, 1865, 18 C.B. (N.S.) 467.
Stoddart v. Union Trust Ltd., 1912, 1 K.B. 181.
Walker v. Clements, 1860, 15 B. 1046.
Williams v. North's Navigation Collierties Ltd., 1906, A.C. 136.

IV. Deutsches Schrifttum.

1. Schriftsteller.

v. Bar: Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts. 1892.
— Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. Bd. II. Hannover. 1889.
Barazetti: Einführung in das französische Zivilrecht und das badische Landrecht. Frankfurt a. M. u. Lahr. 1889.
Bunge, Liselotte: Die Aufrechnung im englischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Aufrechnung im Konkurse. Bonn und Köln. 1933.
Dernburg, Heinr.: Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte. Heidelberg. 1868.
Dernburg-Sokolowski, Pandekten. 8. Aufl. 1912.
Dölle, Hans: Die Kompensation im internationalen Privatrecht in Rheinischer Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht. 1924. S. 32 ff.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I (= Enneccerus). Marburg 1927; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse von Ludw. Enneccerus, bearbeitet v. H. Lehmann (= Enneccerus-Lehmann). Marburg. 1932.
Frankenstein, Ernst: Internationales Privatrecht. Bd. II. Berlin-Grunewald. 1929.
Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. I. Tübingen. 1928.
Gutzwiller: Internationalprivatrecht. Berlin. 1930.
Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung. Bd. II. Berlin und Leipzig. 1936.
Lewald, Hans: Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung. Leipzig. 1931.

Neumeyer, Karl: Internationales Privatrecht. 1923.
— Internationales Verwaltungsrecht. Bd. III. 2. Abtlg. München, Berlin und Leipzig. 1930.
Niemeyer, Theodor: Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (= „Die Gebhardtschen Materialien"). München und Leipzig. 1915.
Nußbaum, Arthur: Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechtes. Tübingen. 1925.
— Deutsches internationales Privatrecht. Tübingen. 1932.
Oertmann, Paul: Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht. Berlin. 1916.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899 und 1927.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin. 1913.
Planck-Silber: Kommentar zum BGB. Bd. II, 1: Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil. 1914.
Prochownick: Das Bürgerliche Recht Englands. Bd. II. 1929
Reichel, Hans: Rückwirkung der Aufrechnung gegen Fremdgeldforderungen. Im Arch. f. Ziv. Prax. (1926) Bd. 126, S. 313 ff.
Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin. 1929.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. III. 14. Aufl. Berlin. und Leipzig. 1933.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München, Berlin und Leipzig. 1925—1936.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Tübingen. 1925.
Smoschewer, Fritz: Aufrechnung von Valutaforderungen. In JW. 1921. S. 1446 ff.
Stölzel, Adolf: Schulung für die zivilistische Praxis. Teil II. Berlin. 1906.
Vogels, Werner: Vergleichsordnung. Berlin. 1935.
Walker, Gustav: Internationales Privatrecht. 4. Aufl. Wien. 1926.
Weigelin: Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Hannover. 1904.
Wolff, Martin: Internationales Privatrecht. Tübingen. 1932.
Zitelmann, Ernst: Artikel 7 bis 31 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig. 1905.
— Internationales Privatrecht. Bd. II. München und Leipzig. 1912.
Zivilgesetze der Gegenwart: Bd. I: Frankreich Code Civil. Mannheim, Berlin und Leipzig. 1932.
Bd. II: Das Zivilrecht Englands. I. Teil. 1931.

2. Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Archiv für Zivil- und Strafrecht der Königlich-Preußischen Rheinprovinz. Bd. 107. Köln. 1911.
Annalen des Königlich-Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden. Bd. 32.
Badische Rechtspraxis. Bd. 26 und 27.
Bankarchiv. 1922.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. II.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (= RG.).
Entscheidungen d. Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 10. S. 229 ff. (=RHGO).
Hanseatische Gerichtszeitung. 1920.
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen. Bd. 32. 1907.
Juristische Wochenschrift (= JW.).
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. 1914.
Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht (= Z.J.R.). Bd. 18 u. 23.
Das Recht.
Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. (= OLG.).
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht. 1924.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Zivilsachen.
Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht.

Plan der Arbeit.

Seite

Einleitung: Zweck der Arbeit. Verschiedene Regelung der Aufrechnung in den einzelnen Rechtsordnungen. Aufbau der Arbeit 1

Erster Hauptteil.

Rechtsvergleichende Darstellung der Aufrechnung in französischen, englischen und deutschen Rechte

I. Vergleich der Aufrechnung im französischen und deutschen Rechte

1. Die Aufrechnungsvoraussetzungen 4
   a) Die Gegenseitigkeit der Forderungen
      aa) Im allgemeinen 4
      bb) Im besonderen: Bei Gesamtschuldnern, Gesellschaftern, Beschlagnahme, Zession u. Bürgschaft 5
   b) Die Gleichartigkeit der Forderungen 9
   c) Die Liquidität der Forderungen 10
   d) Die Fälligkeit und Vollgültigkeit der Forderungen 11
2. Der Ausschluß der Aufrechnung 14
   a) Die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen unpfändbare Hauptforderungen 14
   b) Die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen Hauptforderungen aus unerlaubter Handlung. Sonstige Fälle des Ausschlusses 15
3. Die Wirkungen der Aufrechnung 16

II. Vergleich der Aufrechnung im deutschen und englischen Rechte

1. Set-off und counter-claim als Einrichtungen des Prozeßrechts . . . . . .
2. Erfordernisse des set-off . . . . . .
   a) Die auf die Rechtsnatur begründeten Erfordernisse: Klagbarkeit, Fälligkeit, Nichtverjährtsein der For-

Seite

derungen und als Folge der Rechtsnatur: Eintritt der Aufrechnungswirkungen nur durch Urteil . 22
b) Die Gegenseitigkeit 23
aa) Ausnahmen von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit bei dem equitable set-off (indirekter Stellvertreter, broker, factor), bei der Abtretung von Forderungen, bei Forderungen aus unerlaubter Handlung. Sonstige Ausnahmen . . 24
bb) Aufrechnung von Gesamtschulden . . . 27
cc) Aufrechnung bei der Bürgschaft 28
c) Die Gleichartigkeit 28
d) Die Konnexität der Forderungen 29

3. Sonstige Fälle des Ausschlusses bzw. Nichtausschlusses der Aufrechnung 29
a) Der Ausschluß der Aufrechnung bei vertragsmäßiger Vereinbarung der Nichtgeltendmachung einer Aufrechnung im Prozesse 29
b) Der Ausschluß der Aufrechnung bei der Aufrechnung gegen Hauptforderungen, deren Abtretung oder Belastung verboten ist 30
c) Die Zulässigkeit der Aufrechnung von Ansprüchen auf Rückerstattung der Prozeßkosten 31

4. Die Durchführung u. die Wirkungen der Aufrechnung 31

Zweiter Hauptteil.

Die Aufrechnung im deutschen internationalen Privatrechte.

Einleitung: Die Notwendigkeit der Ausfüllung von Gesetzeslücken 33

Hauptteil:

I. Die verschiedenen möglichen Ansichten über die anzuwendende Rechtsordnung

1. Die Anwendung der lex fori 34
2. Die kumulative Anwendung von Rechtsordnungen . 38
a) Die einzelnen hierzu vertretenen Ansichten und ihre Begründung 39
b) Die Stellungnahme des Verfassers 43

Seite

3. Die Anwendung der Rechtsordnung des Landes, in dem die Aufrechnungslage hervorgerufen wird . . 44
4. Die Anwendung der Rechtsordnung, die für den Kläger als den durch die Aufrechnung Belasteten am günstigsten ist 46

II. Besonderes: Die Anwendung der Rechtsordnung der Hauptforderung (= Aufrechnungsstatut) . . . .
1. Die einzelnen in dem Schrifttum hierzu vertretenen Ansichten und ihre Begründung 48
2. *Eigene Stellungnahme:* Ergänzung gegebener Begründungen und Hinzufügung neuer 53
a) Die Aufrechnung als Möglichkeit des Schuldners, sich von seiner Schuld zu befreien 54
b) Die Anwendung dieses Grundsatzes auch im deutschen internationalen Privatrechte 55
c) Die daraus entstandene Notwendigkeit, einen Schutz für den Aufrechnungsgegner zu schaffen durch Anwendung des Aufrechnungsstatuts 57
d) Die Anwendung des Aufrechnungsstatuts und die Materialien 59
e) Der Satz, daß die Rechtsordnung, die über die Entstehung der Forderung entscheide, auch bei ihrem Untergang maßgebend sei, und die Lehre von der Anwendung des Aufrechnungsstatuts 60
f) Die Anwendung des Aufrechnungsstatuts und die Berücksichtigung der Interessen des internationalen Wirtschaftsverkehrs 62
3. Die Folgerungen aus der Lehre von der Anwendung des Aufrechnungsstatuts 63
a) für die Zulässigkeit der Aufrechnung überhaupt . 63
b) für die Voraussetzungen der Aufrechnung . . . 66
c) für die Durchführung der Aufrechnung . . . 68
und d) für die Wirkungen der Aufrechnung 68
4. Die Anwendung der lex fori für das deutsche internationale Zivilprozeßrecht 69
5. Die Anwendung des Aufrechnungsstatuts für das deutsche internationale Konkurs-, Vergleichs- und Handelsrecht 74

III. Der Einfluß der Währungsverschiedenheit auf die zur Aufrechnung geeigneten Forderungen im deutschen internationalen Privatrechte 81

Einleitung.

Betrachtet man heute die Wirtschaft und den Rechtsverkehr innerhalb der einzelnen Länder und der Länder untereinander, so kann man feststellen, daß, je *ent*wickelter und *ver*wickelter eine Wirtschaft ist, desto mehr das Bedürfnis auftaucht, bei Erfüllung zweier Schuldverhältnisse die geforderte und die gleichfalls geschuldete Leistung nicht in barem Geld zu erbringen. Dieses Bedürfnis will die Aufrechnung befriedigen. Es sollen für den Fall, daß zwei Personen einander gleichartige Leistungen schulden und voneinander gleichartige Leistungen zu fordern haben, nicht diese beiden Schuldverhältnisse getrennt, sondern im Wege des Erfüllungssurrogates der Aufrechnung zusammen erfüllt werden.

Wie die Frage nach der Erfüllung durch Aufrechnung innerhalb des deutschen Rechtes allein auftauchen kann, so erhebt sich die gleiche Frage, wenn zwei Forderungen verschiedenen Rechtsordnungen angehören und durch Aufrechnung getilgt werden sollen. Während für das deutsche Recht die Aufrechnung gesetzlich geregelt ist, fehlt eine solche Regelung für das deutsche internationale Privatrecht. Diese Lücke im Gesetz will diese Arbeit ausfüllen durch eine Lösung des Aufrechnungsproblems. Vorher soll aber noch vergleichend die Regelung der Aufrechnung in den einzelnen Rechtsordnungen betrachtet werden. Ein solcher Vergleich ist für die Lösung des genannten Problems notwendig; denn einmal bringt er die erforderliche Kenntnis der Behandlung der Aufrechnung in den einzelnen Rechtsordnungen. Sodann zeigt die von der deutschen abweichende untereinander verschiedene Regelung der Aufrechnung in den verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen die Bedeutung der Lösung des in Frage stehenden Problems.

Man unterscheidet in den Rechtsordnungen drei Systeme: Die beiden kontinentalen Systeme und das von diesen völlig anders geartete englisch-amerikanische System der Aufrechnung. Die ersteren zerfallen in das französische und das deutsche. Das französische umfaßt für die Aufrechnung das hierfür geltende französische Recht des Code Civil (artt. 1289—1299) und die im wesentlichen auf diesem beruhenden romanischen Rechte.[1]) Er hat im Anschluß an das römische Recht [2]) die ipso-iure-Aufrechnung angenommen. Im Gegensatz hierzu steht das deutsche System der Regelung der Aufrechnung. Es ist behandelt in den §§ 387—396 BGB. Die gleiche Regelung treffen das japanische BG., (Artt. 505, 506) (= §§ 387 bis 389) [3]) und das schweizerische Obligationenrecht. Die Parteien, nicht das Gesetz, bewirken grundsätzlich die Aufrechnung durch Erklärung der Aufrechnung.[4]) Beide kontinentalen Systeme haben trotz ihrer Verschiedenheit das Gemeinsame: Sie sind Einrichtungen des

---

1) Den italienischen Codice civile, Art. 1285—1295; das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch §§ 1438—1443; das belgische BG., Artt. 1289 ff.; das spanische BG., Art. 1195; das BG. von Argentinien, Artt. 1818 ff. (in Geltung auch für Paraguay durch Gesetz vom 27. VI. 1887); das BG. von Venezuela, Peru und Chile, Art. 1655 ff.; das BG. von Uruguay, Artt. 1458a, 1460 (R. de la Grassérie, Code civil de Venézuela, Paris, 1897, p. 183; ders. Code civil pérurien, Paris, 1896, p. 223); endlich das bürgerliche Recht der baskischen Länder, von Rumänien und Bulgarien (Gesetz über die Obligationen und Verträge vom 3. XII. 1892 im Journal Officiel v. 5. XII. 1893 „Annuaire de législation étrangère"); endlich den tschechoslowakischen Entwurf (nach mündlicher Mitteilung von Professor Eggen).

2) D 16, 2, 21; 16, 2, 4; 16, 2, 10 pr.

3) Siehe H. L. Loenholm, The civil Code of Japan, London, 1903, S. 133.

4) So neuerdings auch der französisch-italienische Entwurf eines Obligationsrechts. Die dänischen und norwegischen Gesetze scheinen einem dem deutschen BGB. verwandten System zu folgen. Sie gestatten die Aufrechnung durch den Schuldner ohne Voranzeige und Einverständnis des Gläubigers. (Siehe Lehr, Eléments de droit civil Scandinave, Paris, 1901, p. 172).

materiellen Rechts. Das englisch-amerikanische System ist dagegen ein Institut des Prozeßrechts.

So ergibt sich für den Aufbau des ersten Hauptteiles der Arbeit folgendes: Es wird zunächst eine vergleichende Darstellung der Aufrechnung im französischen Rechte mit der im deutschen Rechte den Grundzügen nach gegeben. Sodann folgt eine gleiche Darstellung im englischen Rechte, soweit sich nicht aus der besonderen Natur der englischen Aufrechnung die Unmöglichkeit eines Vergleichs ergibt. Für d e n Fall wird die englische Aufrechnung allein dargestellt werden. Der zweite Hauptteil wird eine Lösung des Aufrechnungsproblems für das deutsche internationale Privatrecht geben und darauf aufbauend eine kurze Behandlung der Aufrechnung im deutschen internationalen Zivilprozeß-, Konkurs-, Vergleichs- und Handelsrechte bringen. Endlich soll dann die Aufrechnung von Forderungen verschiedener Währungen im deutschen internationalen Privatrechte behandelt werden.

Erster Hauptteil.

I.

Ein Vergleich der Aufrechnung im französischen und deutschen Rechte hat von der Feststellung auszugehen, daß das erstere drei verschiedene Arten der Aufrechnung kennt: die gesetzliche (= compensation légale), die vereinbarte (= compensation facultative [conventionelle]) und die gerichtliche (= compensation judiciaire). Nur die erstere behandelt der Code Civil ausführlich. Sie allein soll hier mit der deutschen gesetzlichen Aufrechnung verglichen werden, [1]) da ein solcher Vergleich allein für das Verständnis der Arbeit erforderlich und genügend ist.

I.

a) aa) Die Aufrechnung setzt zunächst bestimmte Beziehungen zwischen den beteiligten Personen voraus. Compensatio fit inter easdem personas, das ist der Grundsatz, der das französische und deutsche Recht beherrscht. „Schulden zwei Personen einander" (§ 387 BGB.) und „Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre" (art. 1289 CC.). Die französische Literatur hat das Erfordernis der Gegenseitigkeit aus diesem Teile

1) Vgl. Belucci, La compensazione nel diritto internazionale privato im Archivio Giuridico 84, 21, 27; Dölle, Die Kompensation im internationalen Privatrecht in Rheinischer Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, 1924, 13. Jahrg., S. 32—34; Barre, Le Code civil Allemand et le Code français comparés entre eux. 2e Ed., Paris, 1899 p. 126, 127. Scherer, Des principales différences entre le code civil français et le Code de Guilleaume II., Paris 1903, p. 42; die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I.: Frankreich, Code civil, Mannheim, Berlin und Leipzig, 1932, S. 404—407.

der Definition hergeleitet[2]). Der Grundsatz der Gegenseitigkeit bedeutet, daß der Schuldner nur mit einer Gegenforderung[3]), die ihm selbst gegen seinen Gläubiger zusteht, und auch nur gegen eine Hauptforderung des Gläubigers selbst aufrechnen kann.[4]) —

bb) So kann ein Gesamtschuldner nicht mit der Gegenforderung seines Mitschuldners gegen den Gläubiger aufrechnen (Art. 1294 Abs. 3 CC.). Das deutsche Recht hat im § 422 Abs. 2 BGB. folgerichtig den Grundsatz der Gegenseitigkeit angewandt und dem Art. 1294 Abs 3 CC. gleich, wenn auch mit anderen Worten entschieden: „Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden". Ebenso kann im französischen Rechte eine Gesellschaftsgegenforderung nicht zur Aufrechnung einer persönlichen eines Gesellschafters benutzt werden.[5]) Das gleiche sagt für das deutsche Recht § 719 Abs. 2 BGB.

Besondere Betrachtung erfordern bei der Erörterung des Erfordernisses der Gegenseitigkeit die Rechtsverhältnisse, bei denen mehr als zwei Personen beteiligt sind. Dies ist der Fall, wenn die Forderung eines Teiles belastet ist. Art. 1298 Satz 1 CC. stellt hier den Grundsatz auf, daß eine Aufrechnung nicht zum Nachteil der wohlerworbenen Rechte eines Dritten stattfindet. Satz 2 des Art. 1298 CC. bestimmt, daß ein Schuldner, der erst nach der von seiten eines Dritten bei ihm bewirkten Pfändung Gläubiger geworden ist, die Aufrechnung nicht zum Nachteil des Pfändungsgläubigers geltend machen kann. Es kann also ein Schuldner, der nach der Pfändung einer Forderung durch einen Dritten Gläubiger geworden ist, nicht

---

2) Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 4e éd., 1924, VI, p. 117—118; Dalloz, Précis de droit civil, II, 1928, p. 171, no 336; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 8e éd., 1921, II, p. 186, no 568.

3) Zur Terminologie der Arbeit:
a) Hauptforderung = die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll,
b) Gegenforderung = die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll.

4) Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz (= DP) 1860, 1, 171; 1865, 1, 198.

5) DP 1860, 1, 171; 1905, 1, 432.

mehr mit der gepfändeten Gegenforderung aufrechnen. Die Unzulässigkeit einer solchen Aufrechnung ergibt sich für das deutsche Recht schon aus dem Erfordernis der Gleichartigkeit der Forderungen. Mit einer Gegenforderung, die belastet ist, kann schon deshalb nicht aufgerechnet werden, weil der Gläubiger (Schuldner), dessen Forderung gepfändet ist, in der freien Verfügung über die Forderung beschränkt ist. In § 392 BGB. dagegen wird für das Pfändungspfandrecht die Frage geprüft, ob im Falle der Belastung der Hauptforderung ein Aufrechnungsrecht des Gegners besteht, dem eine vollgültige Forderung zur Verfügung steht.

Der Grundsatz, daß eine Aufrechnung nur bei Gegenseitigkeit der Forderungen möglich ist, ist auch bei der Cession im französischen Rechte grundsätzlich durchgeführt. Hier kann nach art. 1295 CC. der Schuldner, der die vom Gläubiger an einen Dritten bewirkte Zession seiner Rechte unbedingt und ohne Vorbehalt angenommen hat, dem Zessionar die Aufrechnung nicht mehr entgegensetzen, die er vor der Annahme dem Zedenten hätte entgegensetzen können. Der Grund für diese Regelung ist neben dem, den Grundsatz der Gegenseitigkeit durchzuführen, wohl der, daß der Schuldner, der die Zession seiner Rechte unbedingt und ohne Vorbehalt angenommen hat, dann dem Zessionar gegenüber auch auf eine vor der Annahme eingetretene Aufrechnungsmöglichkeit stillschweigend verzichtet hat. Ein solcher Verzicht ist aber im deutschen Rechte nicht ohne weiteres anzunehmen. Vielmehr kommt hier § 406 BGB. zum Zuge: Es kann der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte, o d e r daß die Forderung erst später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Ein Schuldner könnte mit einer ihm gegen den Zedenten zustehenden Gegenforderung dem Zessionar gegenüber aufrechnen, auch wenn er die Zession unbedingt und ohne Vorbehalt angenommen hätte. Nur unter den Bedingungen des § 406, 2. Halbsatz wäre eine Zession unmöglich. Im deutschen Rechte könnte also z. B. der Schuldner gegenüber dem Zessionar mit

einer Gegenforderung, die er vor der Kenntnis der Abtretung erwarb, aufrechnen, während dies im französischen Rechte bei unbedingter und vorbehaltloser Annahme der Zession nicht möglich ist. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit ist aber auch im französischen Rechte bei der Zession nicht vollkommen durchgeführt. Eine Zession, die von dem Schuldner nicht angenommen, ihm aber zugestellt ist, hindert nach Art. 1295 Abs. 2 CC. nur eine Aufrechnung der erst nach der Bekanntmachung entstandenen Gegenforderung. Mit einer Gegenforderung, die vor der Bekanntmachung an den Schuldner entstanden ist, kann also auch im französischen Rechte aufgerechnet werden, wenn die Zession zwar nicht angenommen, aber zugestellt ist. Das deutsche Recht stellt es anders als das französische Recht gemäß § 406 auf die Kenntnis oder Nichtkenntnis von der Abtretung der Forderung zur Zeit ihres Erwerbes ab; es läßt eine Aufrechnung bei Kenntnis von der Abtretung im Zeitpunkt des Erwerbes der Forderung nicht zu; diese Kenntnis könnte schon vor der Bekanntmachung an den Schuldner liegen. Art. 1295 Abs. 1 CC. ist also weiter als § 406 BGB., Art. 1295 Abs. 2 CC. dagegen enger.

In dem Zusammenhang mit dem Erfordernis der Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung müssen auch die Besonderheiten, die für die Bürgschaft aufgestellt sind, Erwähnung finden. Die Verpflichtung des Bürgen steht und fällt mit der des Hauptschuldners. Es taucht die Frage auf, welche Stellung der Bürge hat, wenn dem Hauptschuldner eine aufrechenbare Forderung gegen den Gläubiger zusteht, der Hauptschuldner aber nicht aufrechnet. Das französische und deutsche Recht beurteilen diesen Fall verschieden. Zwar gab das gemeine Recht noch dem Bürgen das Recht, auch Forderungen des Hauptschuldners zur Aufrechnung zu benutzen [6]). Darin lag eine Verletzung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit. Er beruhte auf der Erwägung, daß die Stellung des Bürgen beeinflußt werden müsse, wenn der Hauptschuldner nicht aufrechne. Das heutige deutsche Recht hat den

---

6) Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte, Heidelberg, 1868, S. 457; D. 16, 2, 4 und 5.

Grundsatz der Gegenseitigkeit wieder strenger durchgeführt und gibt dem Bürgen im § 770 Abs. 2 BGB. zwar kein Recht mehr, mit den Gegenforderungen des Hauptschuldners aufzurechnen, wohl aber die Möglichkeit, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu verweigern. Der Bürge hat also ein Leistungsverweigerungsrecht, prozessual eine Einrede gegenüber der Forderung des Gläubigers aus der Bürgschaft. Demgegenüber kann nach Art. 1294 Abs. 1 CC. der Bürge zur Aufrechnung bringen, was der Gläubiger dem Hauptschuldner schuldet. § 770 Abs. 2 BGB. umfaßt dem Wortlaute nach nicht den Fall, wo zwar der Hauptschuldner, nicht aber der Gläubiger ein Aufrechnungsrecht hat (Beispiel: Die Schuld des Gläubigers ergibt sich aus einem vorsätzlich begangenen Delikte (§ 393 BGB.). Eine Aufrechnung ist dem Wortlaute nach bei solchem Tatbestand also ausgeschlossen [7]). Eine andere Frage ist für das deutsche Recht die, ob der Bürge nicht wenigstens ein Leistungsverweigerungsrecht habe. Doch das wird von der herrschenden Lehre abgelehnt. Man weist darauf hin, daß § 770 BGB. einen inneren Zusammenhang mit § 772 BGB. habe. Hat der Gläubiger einen Wert des Schuldners in Händen, dann soll er zunächst daraus Befriedigung suchen. Es soll der Gläubiger zuerst aufrechnen. Hat er aber kein Aufrechnungsrecht, dann widerspräche es dem Zweck der Vorschrift des § 770 Abs. 2 BGB., dem Bürgen ein Aufrechnungsrecht zu geben. [8]) Ebenso wird man gemäß dem Wortlaute von Art. 1294 Abs. 1 CC. dem Bürgen eine Aufrechnungsmöglichkeit versagen, wenn zwar der Hauptschuldner, aber nicht der Gläubiger ein Aufrechnungsrecht hat; denn dafür, daß der Bürge

7) Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Aufl., 1899, 3 zu § 770 gibt zwar dem Bürgen in entsprechender Anwendung des § 768 BGB. noch ein selbständiges Aufrechnungsrecht, hat aber diese Ansicht 1927 in Anm. 4 zu § 770 aufgegeben. Vgl. auch RG. Bd. 59, S. 120.

8) So Oertmann, a. a. O., 1927, 4 zu § 770; Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1913, 2b zu § 770; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, Berlin, Leipzig 1925 bis 1936, 1b zu § 770; RG. Bd. 137, S. 36.

mit einer Gegenforderung des Gläubigers an den Hauptschuldner aufrechnen könne, ist nichts aus Art. 1294 Abs. 1 CC. zu entnehmen. Das französische Recht bestimmt ferner in Art. 1294 Abs. 2 neben der Aufrechnungsmöglichkeit nach § 1294 Abs. 1 für den Bürgen noch, daß der Hauptschuldner nicht zur Aufrechnung bringen kann, was der Gläubiger dem Bürgen schuldet. Eine solche Bestimmung fehlt im deutschen Rechte. Das gleiche ergibt sich aber aus dem Grundsatz der Gegenseitigkeit. Wenn nämlich der Gläubiger eine Forderung gegen den Hauptschuldner hat und der Bürge gegen den Gläubiger, so hat einmal der Gläubiger eine Forderung gegen den Hauptschuldner, das andere Mal aber der Bürge eine solche gegen den Gläubiger. Die mangelnde Gegenseitigkeit läßt aber eine Aufrechnung der beiden Forderungen nicht zu.

b) Damit eine Aufrechnung möglich ist, stellt das französische wie das deutsche Recht außer den bestimmten Beziehungen zwischen den beteiligten Personen noch bestimmte Eigenschaften der beiderseitigen Forderungen auf. Diese müssen einmal gleichartig sein. Sie müssen gemäß Art. 1291 Abs. 1 CC. und nach der Ansicht der Doktrin „Geld oder andere vertretbare Sachen zum Gegenstand haben" („deux dettes, qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce"). § 387 BGB. spricht allgemeiner von Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind. Hier werden selten Zweifel auftauchen. Meistens werden Geld oder andere vertretbare Sachen zu leisten sein. Aber selbst, wenn auf der einen Seite Geld, auf der anderen Wertpapiere geschuldet sind, ist deshalb eine Aufrechnung noch nicht ausgeschlossen. Es kommt nämlich der Tageswert der Wertpapiere im Börsenkurs ziffernmäßig genau zum Ausdruck.[9]) Außerdem ist ja im Großverkehr die eigentliche Geldzahlung fast verdrängt.[10]) Auch im französischen Rechte wird der Begriff der

9) Nach Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Zivilsachen, S. 222.

10) Warneyer, a. a. O., 1912, S. 222; Planck a. a. O., 1c zu § 387; Staudinger, a. a. O., I, 2b zu § 387.

Gleichartigkeit sehr weit gefaßt. So können nach Art. 1291 Abs. 2 CC. unbestritten Leistungen von Getreide oder Lebensmitteln („denrées"), deren Preis durch einen Marktzettel bestimmt wird, gegen liquide und fällige Geldsummen aufgerechnet werden. Die Verschiedenheit des Leistungsortes tut der Gleichartigkeit der Forderungen keinen Abbruch. Eine Aufrechnung ist trotzdem möglich. Gemäß § 391 Abs. 1 BGB. wird eine Aufrechnung nicht dadurch ausgeschlossen, daß für die Forderung verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen. In § 391 Abs. 1 Satz 2 BGB. wird jedoch der aufrechnende Teil zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an einem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann. Das französische Recht läßt in Art. 1296 CC., wenn beide Schulden nicht an dem gleichen Orte zahlbar sind, deren Aufrechnung nur unter Berechnung der Übersendungskosten zu. Das deutsche Recht geht also über diese Bestimmung insofern hinaus, als es allgemein einen Schadensersatzanspruch für den nicht aufrechnenden Teil aufstellt, während der Art. 1296 nur Ersatz der Übersendungskosten bei der Aufrechnung verlangt. Eine dem § 391 Abs. 2 BGB. gleiche oder ähnliche Auslegungsregel enthält das französische Recht nicht.

c) Zur Aufrechnung müssen ferner die beiderseitigen Forderungen nach Art. 1291 Abs. 2 „liquides" sein, d. h. an und für sich unbestreitbar und der Höhe nach bestimmt oder wenigstens ohne Schwierigkeit oder Zeitverlust bestimmbar sein; [11]) es muß feststehen, an et quantum debeatur. [12]) Doch hat die französische Praxis die Liquidität der Forderungen nicht mit voller Strenge in den Fällen durchgeführt, in denen es sich um konnexe Gegenforderungen handelt. Insbesondere dies dann, wenn Gegenforderungen aus einem synallagmatischen Vertrage in Frage kommen. Ein solcher Fall liegt z. B. dann vor, wenn zwei Forderungen Gegenstand einer gegen-

---

11) Vgl. DP, 1865, 1, 358; 1876, 1, 83; 1907, 1, 508.

12) Colin et Capitant, a. a. O., p. 118; Dalloz, a. a. O., p. 171, no 336; Planiol, a. a. O., p. 187, no 572.

seitigen Abrechnung sind, eines „compte unique et indivisible". (Das ist nicht gleich dem compte courant, dessen Saldo allein gefordert werden kann.) Ein solches compte unique et indivisible läge z. B. dann vor, wenn es sich um Forderungen der Ehegatten gegeneinander gelegentlich der Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft handelt.[13]) Die Zulassung der Aufrechnung ergibt sich aus dem gleichen Grundgedanken wie die exception d'inexécution, auf die in diesem Zusammenhange aber nicht näher eingegangen zu werden braucht. [14]) Das deutsche Recht steht nicht mehr auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts, daß nur liquide Gegenforderungen zur Aufrechnung benutzt werden könnten. [15]) Nach § 389 BGB. erlöschen auch illiquide Gegenforderungen, die zur Aufrechnung benutzt worden sind. Auf die Besonderheiten des deutschen Prozeßrechts in den §§ 145 Abs. 3, 302 ZPO., bei denen es sich nicht um materielle Voraussetzungen der Aufrechnung, die hier Gegenstand der Untersuchung sind, sondern um reine Prozeßhandlungen handelt, soll erst später eingegangen werden. Hier genügt der Hinweis, daß damit, daß die Aufrechnung im Prozesse Prozeßhandlung ist, noch nicht gesagt ist, daß sie nur eine solche sei und nicht zugleich ein materielles Rechtsgeschäft sein könne. So behält bei der Klagezurücknahme die Aufrechnung ihre volle Wirkung. Man nimmt überwiegend an, daß die im Prozeß abgegebene Aufrechnung auch außerhalb des Prozesses Wirkungen habe. [16])

a) Ferner stellt Art. 1291 Abs. 1 CC. als Erfordernis der Aufrechnung auf, daß die beiden Ansprüche „e x i g i b l e s" seien; die For-

---

13) Vgl. DP., 1876, 2, 138; 1880, 2, 215; 1892, 1, 191; andere Beispiele: Paris, 24. V. 1927, Gazette du Palais, 1927, 2, 317 und Zivilgesetze der Gegenwart, I, a. a. O., S. 405—406.

14) Vgl. artt. 1183, 1184, Bem. III, 3 in Zivilgesetze der Gegenwart, I; Vgl. Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 1925 ff., VI, no 443.

15) Dernburg-Sokolowski, Pandekten, 8. Aufl. 1912, II, 686.

16) Enneccerus, § 292, III, 1; a. A. Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, von L. Enneccerus, bearbeitet von Lehmann, Marburg, 1932, (= Enneccerus-Lehmann), § 69, III.

derungen müssen fällig sein, aber auch vollgültig. Das deutsche Recht verlangt die Fälligkeit der Gegenforderung. Es bestimmt im § 387 BGB., daß jeder Teil ..... aufrechnen könne, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern kann. Es verlangt aber nicht die Fälligkeit der Hauptforderung, sondern nur, daß der Aufrechnende berechtigt ist, die ihm obliegende Leistung zu bewirken (§ 387 BGB.). Und dies kann auch vor der Fälligkeit möglich sein (§ 271 BGB.). Im französischen Rechte müssen beide Forderungen fällig sein (vgl. Art. 291: „deux dettes ..., et qui sont également liquides et exigibles"). In diesen Zusammenhang gehört die Bestimmung des Art. 1292 CC. Eine aus Nachsicht eingeräumte Frist steht der Aufrechnung nicht entgegen. Der Gläubiger soll dann eine Aufrechnungsmöglichkeit haben, wenn die gegen den aufrechnenden Schuldner gerichtete Forderung nur deshalb später fällig wird, weil der Gläubiger dem Schuldner zur Beschaffung barer Mittel eine sog. Gnadenfrist („un terme de grâce") gewährt hat. Der Schuldner soll sich billigerweise nicht auf die spätere Fälligkeit berufen können, weil bei der Aufrechnung die Anschaffung barer Mittel gar keine Rolle mehr spielt. [17]) Im deutschen Rechte fehlt eine solche Bestimmung wie die des Art. 1292 CC. Doch wird allgemein bei der einem Schuldner eingeräumten Gnadenfrist dem Gläubiger die Aufrechnungsmöglichkeit aus den angegebenen Gründen gegeben. [18]) Die Forderungen müssen auch vollgültig sein. Nach § 390 Satz 1 BGB. kann mit einer einredebehafteten Gegenforderung (= die Gegenforderung, der eine Einrede entgegensteht) nicht aufgerechnet werden. Die Aufrechnung ist also trotz des Bestandes der Gegenforderung kraft positiver Gesetzesvorschrift ausgeschlossen. Ohne Bedeutung ist es im deutschen Rechte, ob die Einrede von Beginn der Aufrechenbarkeit an bestanden hat. Jedenfalls ist die Aufrechnung auch dann ausgeschlossen, wenn die Einrede erst nach der Aufrechenbarkeit ent-

17) Dernburg, a. a. O., S. 478/79; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Marburg, 1927, Bd. I, Anm. 19 zu § 293.

18) Enneccerus, a. a. O., Anm. 19 zu § 293; vgl. auch Motive, Bd. II, S. 105.

standen ist. Eine Ausnahme davon stellt § 390 Satz 2 BGB. auf. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu der aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt ist. Eine Vorschrift wie § 390 Satz 1 und 2 BGB. fehlt im französischen Aufrechnungsrechte. Doch wird man aus dem Grundsatz der Exegibilität die Unmöglichkeit der Aufrechnung mit einer einredebehafteten Gegenforderung annehmen dürfen, da eine solche Forderung wirtschaftlich noch keine vollgültige Forderung im Sinne des Art. 1291 Abs. 1 CC. ist. Die Frage, ob gegen eine einredebehaftete Hauptforderung im deutschen Rechte aufgerechnet werden könne, ist positiv im Gesetz nicht geregelt. Die Zulässigkeit einer solchen Aufrechnung wird aber mit Hilfe eines Umkehrschlusses aus § 390 Satz 1 BGB. bejaht.[19]) Für das französische Recht ist die Zulässigkeit als gegen den Wortlaut des Art. 1291 Abs. 1 CC. verstoßend zu verneinen. Der einredebehafteten Forderung ähnlich ist die Naturalobligation. Es ist dies eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung im Klagewege nicht zu erreichen ist, bei der aber dieser Mangel im Gegensatz zur einredebehafteten Forderung von amtswegen zu berücksichtigen ist, so insbesondere bei der Spielforderung (§ 762 BGB.). Nach französischem wie nach deutschem Rechte ist die Aufrechnung mit einer vollgültigen Gegenforderung gegen eine Naturalobligation und die Aufrechnung mit einer Naturalobligation gegen eine vollgültige Hauptforderung ausgeschlossen. Die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit einer Naturalobligation ist zwar ausdrücklich nirgends bestimmt, doch ergibt sich diese für das französische Recht aus Art. 1291 Abs. 1 CC.[20]), für das deutsche Recht aus § 387 BGB. Wenn dort verlangt wird, daß der eine Teil „die ihm gebührende Leistung fordern .... kann", so ist dabei vorausgesetzt, daß ihre

19) Oertmann im Recht, 1901, S. 450; Planck, a. a. O., Bem. 3 zu § 390 BGB.; Staudinger, a. a. O., I, 2 zu § 390.

20) Colin et Capitant, a. a. O., II, p. 119; Dalloz, a. a. O., II, p. 117, no 337; Planiol, a. a. O., verlangt Exegibilität der Gegenforderung gegen den Gesetzestext.

Durchsetzung auch im Prozesse möglich sein muß.[21]) Endlich ist die Frage nach der Möglichkeit der Aufrechnung g e g e n eine klagelose Hauptforderung für das französische wie das deutsche Recht ebenso wie die Frage nach der Möglichkeit einer Aufrechnung g e g e n eine einredebehaftete Hauptforderung zu entscheiden.

2.

a) Der bisherige Vergleich einer Aufrechnung im französischen und deutschen Rechte beschränkte sich auf die Darstellung der Voraussetzungen der Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Liquidität, Fälligkeit und Vollgültigkeit der Forderung. Er bezeichnete damit den Grundsatz des Aufrechnungsrechtes, daß der Rechtsgrund ohne Bedeutung für die Zulässigkeit der Aufrechnung sei. Dieser Grundsatz ist aber im französischen wie im deutschen Rechte von Ausnahmen durchbrochen. Art. 1293 CC. stellt den genannten Grundsatz expressis verbis auf und führt dann verschiedene Ausnahmen in Ziffer 1—3 auf. Diese gehen von dem Gedanken aus, daß gegen Hauptforderungen, deren Natur die tatsächliche Erfüllung durch den Schuldner verlangt, nicht aufgerechnet werden könne. Es ist dies der Fall: 1. bei der Klage auf Rückgabe einer Sache, die dem Eigentümer unrechtmäßig entzogen ist, 2. bei der Klage auf Rückgabe einer verwahrten oder zum Gebrauch geliehenen Sache und dann, der praktisch wichtigste Fall, 3. bei einer Forderung, die Unterhaltsleistungen zum Gegenstande hat, die für unpfändbar erklärt sind. Es sollen also nach Ziffer 3 des Art. 1293 CC. und in Verbindung mit Artt. 50 ff., 60 ff. Code du travail Forderungen, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen sind, auch nicht aufrechnungsfähig sein. Wichtig ist dies für die Lohn- und Gehaltsansprüche der Arbeiter und Angestellten.[22]) Aus Art. 1293 Ziff. 3 CC. entnimmt man für das französische Recht das Erfordernis der Pfändbarkeit („saisisabilité") der Forderungen bei der Aufrechnung. Die Bestimmung, daß

21) Enneccerus, a. a. O., § 293, II, 1.
22) Vgl. DP., 1912, 1, 449; S. 1912, 1, 85; DP., 1913, 1, 110.

gegen unpfändbare Hauptforderungen auf Unterhaltsleistungen nicht aufgerechnet werden könne, stelle das Prinzip auf, daß gegen unpfändbare Hauptforderungen überhaupt nicht aufgerechnet werden könne. [23]) Das deutsche Recht stellt in § 394 Satz 1 den Grundsatz auf, daß gegen eine Hauptforderung, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist, die Aufrechnung nicht stattfindet. § 394 Satz 1 ist also weiter als Art. 1293 Ziffer 1 CC. und die Artt. 50 ff., 60 ff. Code du travail, umfaßt hierdurch auch solche Fälle wie die in Ziffer 3. Maßgebend sind zur Zeit in Deutschland die §§ 850, 850a bis h ZPO. [24]), § 851 ZPO. und § 115 GewOrdn.

b) Aber nicht nur gegen eine Hauptforderung, die der Pfändung nicht unterworfen ist, ist die Aufrechnung unzulässig. Nach § 393 BGB. ist auch gegen eine Hauptforderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung die Aufrechnung ausgeschlossen. Es erscheint hier eine Aufrechnung deshalb als unbillig, weil sie in einer unerlaubten Handlung desjenigen, der aufrechnen will, ihren Rechtsgrund hat. Art. 1293 Ziffer 1 CC. ist wesentlich enger als § 393 BGB. Er verneint nur die Möglichkeit einer Aufrechnung bei einer Klage auf Rückgabe einer Sache, die dem Eigentümer unrechtmäßig entzogen worden ist, spricht also allgemein die Unmöglichkeit der Aufrechnung gegen Hauptforderungen aus unerlaubter Handlung nicht aus. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist im deutschen Rechte nur im zivilrechtlichen Sinne zu fassen. Ein Schadensersatzanspruch aus Vertrag (z. B. aus § 326 BGB.) ist kein Anspruch aus unerlaubter Handlung. Hierunter fallen vielmehr nur solche Ansprüche, die auf §§ 823 ff. BGB. gestützt werden können. Mit Gegenforderungen aus unerlaubter Handlung ist dagegen nach beiden Rechten die Aufrechnung zulässig. Dies ergibt sich durch Umkehrschluß aus dem Wortlaute des Art. 1293 CC. und § 393 BGB.;

23) Colin et Capitant, a. a. O., II, p. 120, B. 2; Planiol, a. a. O., II, p. 188.

24) In der Fassung des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften der Zwangsvollstreckung vom 24. Oktober 1934 (RGBl. I, S. 1070 ff.).

denn wenn nach deutschem Rechte nur gegen eine Hauptforderung aus einer unerlaubten Handlung die Aufrechnung nicht zulässig ist und nach französischem Rechte g e g e n die Hauptforderung auf Rückgabe einer dem Eigentümer unrechtmäßig entzogenen Sache keine Aufrechnung stattfindet, muß eine solche m i t den genannten Gegenforderungen möglich sein. Auch besteht der Grund, weshalb eine Aufrechnung g e g e n Hauptforderungen aus unerlaubter Handlung ausgeschlossen ist, bei einer solchen m i t einer Gegenforderung aus unerlaubter Handlung nicht mehr; denn der Gläubiger selbst erklärt ja durch die Aufrechnung, daß er einverstanden ist, wenn seine Forderung aus unerlaubter Handlung nicht realiter erfüllt wird. Und volenti non fit iniuria. Neben dem Verbot der Aufrechnung nach Art. 1293 Ziffer 1 CC. hat der CC. in Ziffer 2 eine Aufrechnung ausgeschlossen bei der Klage auf Rückgabe einer verwahrten oder zum Gebrauch geliehenen Sache. Das deutsche Recht kennt eine solche Bestimmung nicht. Dies mit Recht. Denn Art. 1293 Ziffer 2 CC. gehört, genau genommen, in das Gebiet des Zurückbehaltungsrechtes. Es erscheint aber die Aufnahme dieser Bestimmung in das Aufrechnungsrecht verständlich. Denn in der Lehre von der Aufrechnung spielt der sonst nur beim Zurückbehaltungsrecht wichtige Gesichtspunkt des Rechtsgrundes eine Rolle. Die Aufrechnung wird aber in der Regel schon ausgeschlossen sein, weil ein bestimmter Gegenstand zurückzugewähren ist. Dann sind aber die Forderungen nicht gleichartig.

3.

Sind nun alle Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben, so erlöschen bei wörtlicher Auslegung des Art. 1293 CC. die beiden Forderungen ipso iure, „de plein droit", ohne daß die Parteien eine besondere Aufrechnungserklärung abzugeben brauchen, ja selbst ohne Wissen der Schuldner („même à l'insu des débiteurs"). Durch das Gesetz werden also die Forderungen vernichtet, nicht durch den Parteiwillen. Diese Regel des französischen Gesetzes beruht auf einer seit dem 17. Jahrhundert in Frankreich überwiegend anerkannten

falschen Interpretation justinianischer Rechtsquellen. [25]) Im deutschen Rechte dagegen erfolgt die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile (§ 388 Satz 1 BGB.). Dabei ist die Erklärung unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird (§ 388 Satz 2 BGB.). Es soll der Gegner über eine solch folgenreiche Erklärung wie die der Aufrechnung nicht im Unklaren gelassen werden. Der Aufrechnungserfolg tritt aber in beiden Rechten gleichzeitig ein: Die Forderungen gelten als in dem Zeitpunkt erloschen, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind (§ 389 BGB.) bzw. „Les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois" (Art. 1290 CC.). Mit dem Erlöschen der Forderung gehen nach französischem wie deutschem Rechte auch alle für sie bestehende Nebenverpflichtungen und Sicherungsrechte unter. Nun ist es aber möglich, daß die bei der Aufrechnung beteiligten Personen nicht nur eine, sondern mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen haben. Diese Forderungen können zwar gleichartig, aber in ihrem Wert verschieden sein, z. B. die eine ist durch ein Pfandrecht gesichert, die andere nicht. Das französische Recht hat für einen solchen Fall in Art. 1297 CC. bestimmt, daß bei der Aufrchennug, wenn dieselbe Person mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen hat, die in Art. 1256 CC. wegen der Abrechnung getroffenen Bestimmungen zu befolgen sind. Das deutsche Recht dagegen hat eine andere Regelung in § 396 BGB. getroffen. Hat der eine oder andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen (§ 396 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Erklärt aber der eine Teil die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, so soll die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB. entsprechende Anwendung finden (§ 396 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Schuldet der aufrechnende Teil dem anderen Teile außer der Haupt-

25) Zivilgesetze der Gegenwart, I, a. a. O., S. 406 unter 3; D. 16, 2, 10 pr.

leistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 367 BGB. entsprechende Anwendung (§ 396 Abs. 2 BGB.). § 396 BGB. regelt die Aufrechnung gegen eine oder mit einer von mehreren Haupt- bzw. Gegenforderungen. Dieses ergibt sich aus dem Wortlaute des § 396 Abs. 1 BGB. („Hat der eine oder andere Teil" und „gegeneinander aufgerechnet"). [26]) Steht die Aufrechnung mit einer von mehreren Gegenforderungen in Frage, so trifft an sich zwar § 396 BGB. auch auf diesen Fall zu. Es muß aber das im Abs. 1 Satz 2 enthaltene Widerspruchsrecht ausgeschlossen werden, weil der Aufrechnende ja eine Bestimmung über die ihm zustehende Forderung trifft. [27]) Gibt also der aufrechnende Teil nicht an, welche oder gegen welche Forderung aufgerechnet werden soll, oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, dann kommt im deutschen Rechte die allgemeine Regel des § 366 Abs. 2 BGB. zur Anwendung.

Betrachtet man die Wirklichkeit, so stellt sich der Unterschied zwischen der ipso-iure-Aufrechnnung des französischen Rechtes und der Aufrechnung durch Erklärung im deutschen Rechte gar nicht als vollkommener Gegensatz heraus. Denn nach französischem Rechte müssen einander aufrechenbar gegenüberstehende Forderungen nicht notwendig durch Aufrechnung erlöschen [28]). Einerseits können die Parteien diese ausdrücklich oder stillschweigend ausschließen. Dies ergibt sich z. B. aus Art. 1295 Abs. 1 CC., wonach bei der Zession, die der Schuldner unbedingt und ohne Vorbehalt angenommen hat, eine Aufrechnung nicht mehr gegenüber dem Zessionar möglich ist. Der Schuldner hat eben stillschweigend auf die Aufrechnungsmöglichkeit verzichtet [29]). Die Parteien können den Art. 1290 CC. durch

---

26) Enneccerus-Lehmann, § 72 und Anm. 3; Planck-Siber, a. a. O., § 396, 3 BGB. A. M. Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, Hannover, 1904, S. 149. Er wendet § 396 nur auf den Fall an, wo gegen eine von mehreren Hauptforderungen aufgerechnet wird.

27) Staudinger, a. a. O., Ic zu § 396; Anm. 3 zu § 396.

28) Zivilgesetze der Gegenwart, I, a. a. O., S. 406 unter 3.

29) Ebenda.

Vertrag ausdrücklich aufheben [30]). Im französischen Rechte ist also die ipso-iure-Aufrechnung auch nicht strikte durchgeführt. Auch hier tritt diese nur ein, wenn die Parteien nicht stillschweigend oder ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben. Anderseits wird im französischen Rechte die aus der ipso-iure-Wirkung sich ergebende Aufhebung nur berücksichtigt, wenn sich eine der beiden Parteien auf sie beruft [31]). Im Prozesse darf der Richter sie nur berücksichtigen, wenn sie einredeweise geltend gemacht wird, also nicht ex officio [32]). Hat sich der Beklagte im Prozesse nicht auf die durch Aufrechnung erloschene Forderung berufen, und wird er dem Klageantrage des Gläubigers gemäß verurteilt, so kann er trotzdem nach französischem Rechte die Gegenforderung entgegen dem Satz, daß sie erloschen ist, gegen den Schuldner geltend machen. Dies ergibt sich aus Art. 1299 CC. [33]). Hiernach kann ein Schuldner, welcher die von Rechtswegen durch Aufrechnung erloschene Schuld bezahlt, die Forderung geltend machen, gegen die er nicht aufgerechnet hat, also eine Forderung, die nach Art. 1290 CC. schon erloschen war. Er soll dann nur nicht mehr die Vorzugsrechte und Hypotheken, die mit dieser Schuld verbunden waren, zum Nachteile Dritter geltend machen können, außer wenn er berechtigterweise die Forderung nicht kannte, die gegen seine Schuld anzurechnen war. Eine solche Bestimmung wie Art. 1290 CC. enthält das deutsche Recht nicht. Hier würde der im ersten Prozeß als Schuldner rechtskräftig verurteilte Inhaber der Gegenforderung mit dieser im zweiten Prozesse abgewiesen werden, wenn sich der Gläubiger der Hauptforderung auf die geschehene Aufrechnung beruft und sie im Streitfalle beweist.

---

30) DP., 1880, 1. 470.

31) Belucci, a. a. O., S. 27 und dort Anm. 2.

32) Colin et Capitant, a. a. O., p. 123; Planiol, a. a. O.,p. 190, no 587; DP., 1867, 1, 425; 1891, 1, 198.

33) Colin et Capitant, a. a. O., p. 123/124; Planiol, a. a. O., p. 191, no 591.

II.

1. Eine Darstellung der englischen Aufrechnung in den Grundzügen [34]) hat von dem Gegensatz der englischen zur deutschen und französischen Aufrechnung auszugehen. Während hier die Aufrechnung eine materielle Rechtseinrichtung ist, für die zwar Sonderbestimmungen im Prozesse bestehen [35]), ist die Aufrechnung im englischen Rechte ein Institut des Prozeßrechtes. Sie wird einmal im Wege einer Einrede, remedy (= Rechtsschutzmittel) und defence (= Verteidigungsmittel) geltend gemacht. Sie heißt dann set-off, wenn sie vom Beklagten dem Gläubiger selbst gegenüber und equitable set-off, wenn sie vom Beklagten Dritten, z. B. dem Zessionar gegenüber, erhoben werden kann. W i l l der Beklagte aber die Aufrechnung nicht im Wege der Einrede geltend machen, oder k a n n er dies nicht, so hat er für die Aufrechnung außer dem set-off noch den Weg der counter-claim, einer Art Widerklage [36]); darüber hinaus noch die unabhängige Widerklage (cross-action); außerdem steht es ihm frei, seine Forderung in einem völlig gesonderten Verfahren geltend zu machen.

Unsere Betrachtung erstreckt sich zunächst auf die Rechtsnatur und einen Vergleich des set-off und der counter-claim. [37]) Bis zur Einführung der letzteren im englischen Rechte durch den Judicature Act von 1873 war es einem Beklagten unmöglich, dem Kläger gegenüber eine Forderung geltend zu machen, die zur Aufrechnung nicht

---

34) Vgl. besonders die Darstellung von Bunge, Die Aufrechnung im englischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Aufrechnung im Konkurse. Bonn und Köln, 1933.

35) §§ 145, Abs. 3, 302, 322 Abs. 2, 529 Abs. 2 ZPO. und die compensation judiciaire im Code de Procédure civile.

36) Stephen-Jenks, New Commentaries on the Laws of England, 16. Ed. Tome III, p. 552, 553; Prochownick, Das Bürgerliche Recht Englands, 1929, II, S. 121; The American and English Encyclopädie of Law, Tome XXII, p. 1985, no 2.

37) Vgl. Näheres bei Bunge, a. a. O., S. 7—11.

geeignet war. Er hätte nur eine neue Klage erheben können. [38]) Damit unnötige Häufungen von Prozessen vermieden wurden, wurde das Institut der counter-claim geschaffen. Es sollte hierdurch über Ansprüche, die bisher nur in zwei verschiedenen Prozessen erledigt werden konnten, jetzt in einem einzigen Verfahren entschieden werden. Die counter-claim ist also wie das set-off ein Institut des Prozeßrechts, hat aber kein neues Klagerecht geschaffen. [39]) Das set-off ist lediglich eine Prozeßeinrede, die counter-claim dagegen eine Art Widerklage, die im Prozesse fast dem set-off gleichbehandelt wird. Aus dem Zweck der counter-claim, in einem Verfahren, in dem eine Aufrechnung im Wege des set-off nicht möglich ist, dennoch den Effekt einer Aufrechnung zu erreichen, ergibt sich, daß die counter-claim gegenüber dem set-off weitergehend ist. Eine counter-claim kann immer dann geltend gemacht werden, wenn die Forderung des Beklagten eine selbständige Klageerhebung gegen den Kläger zuläßt; das set-off dagegen ist an strenge prozessuale und materielle Voraussetzungen gebunden. Die counter-claim wird durch selbständige Klage geltend gemacht, während das set-off nur im Wege der Einrede in einem schon anhängigen Verfahren geltend gemacht wird.

Daraus, daß die Geltendmachung des set-off an strengere Voraussetzungen als die der counter-claim geknüpft ist, ergibt sich, daß eine Gegenforderung, die als sett-off geltend gemacht werden kann, immer durch die counter-claim erhoben werden kann, aber nicht umgekehrt. [40]) So genügt es im folgenden, wenn die Darstellung sich auf das sett-off beschränkt, denn es muß für die counter-claim im englischen Rechte nur das Erfordernis, daß die Gegenforderung den Beklagten zur selbständigen Klageerhebung gegen den Kläger berechtigt, erfüllt sein.

---

38) Halsbury, The Earl of, The Laws of England, 1913 und 1933, Tome 25, No. 310 und die Zitate bei Bunge, a. a. O., Anm. 22.

39) Halsbury, a. a. O. und Bunge, a. a. O., Anm. 23.

40) Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 917.

2.

a) Da das set-off seiner Rechtsnatur nach eine Prozeßeinrede ist, müssen die Folgerungen dargestellt werden, die sich aus dieser seiner Eigenschaft ergeben. Eine Folgerung ist die, daß die Forderung klagbar sein muß.[41]) Hergeleitet wird dieses Erfordernis im englischen Rechte aus der Notwendigkeit der Geltendmachung der Aufrechnungseinrede im Prozesse. Diese Notwendigkeit ergibt sich vor allem daraus, daß der Beklagte, dessen Forderung die klägerische Forderung übersteigt, für die überschüssige Summe ein Urteil erlangt, obgleich er weder Klage noch eine counter-claim angestrengt, sondern nur eine Einrede geltend gemacht hat.[42]) Aus dem Erfordernisse der Klagbarkeit ergibt sich weiter die Notwendigkeit, daß die Forderungen zur Zeit der Geltendmachung fällig sein müssen. Sie müssen jedoch nicht nur zu diesem Zeitpunkte, sondern darüber hinaus bereits zur Zeit der Klageerhebung fällig sein und während des ganzen Prozesses fällig bleiben. Im allgemeinen wird man den Zeitpunkt der Klageerhebung als für die Aufrechnung maßgebend erachten müssen.[43]) Sind zu dieser Zeit alle Aufrechnungserfordernisse gegeben, so kann eine Aufrechnung stattfinden. Das englische Recht sieht also für das Erfordernis der Fälligkeit schon den Zeitpunkt der Geltendmachung der Forderung als genügend an. Bei der Klageerhebung dagegen braucht die Forderung noch nicht fällig zu sein.[44]) Ein weiteres Erfordernis für die englische Aufrechnung ist, daß die Forderungen noch nicht verjährt sind. Dies ergibt sich daraus, daß verjährte Forderungen nicht einklagbar sind.[45]) Zwar müssen die Forderungen

---

41) Rawley v. Rawley, 1876, 1. QBD. 40; Snell's Principles of Equity, 19. Ed., London, 1925, S. 513; Bunge, a. a. O., S. 19.

42) Bunge, a. a. O., S. 19.

43) Evans v. Prosser, 1787, 3. TR. 186. — Richards v. James, 1848, 2. Ex. 471. — Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 868; Bunge, a. a. O., S. 20.

44) Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 868.

45) Snell, a. a. O., S. 513; Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 869; Walker v. Clements, 1850, 18 QB. 1046. — Mead v. Bashford, 1850, 5. Ex. 336.

nicht während des ganzen Prozesses nicht verjährt sein, da das englische Recht im Gegensatz zum deutschen Rechte eine Rückwirkung der Aufrechnung nicht kennt und der Zeitpunkt der Klageerhebung für die Aufrechenbarkeit maßgebend ist. Eine Forderung, die zur Zeit der Erhebung der Hauptklage noch nicht verjährt ist, wohl aber im Zeitpunkt der Geltendmachung des set-off, kann trotzdem zur Aufrechnung benutzt werden. [46]) Aus seiner Rechtsnatur ergibt sich für das set-off endlich noch, daß die Aufrechnungswirkungen im Gegensatz zum deutschen Rechte nicht durch Willenserklärung und im Gegensatz zum französischen Rechte nicht ipso iure, sondern erst mit dem sie aussprechenden Urteil eintreten. Erst durch Urteil erlöschen die beiden Forderungen, soweit sie sich decken. [47])

b) Neben den aus der Rechtsnatur des set-off sich ergebenden Erfordernissen der Klagbarkeit, Fälligkeit und dem, daß die beiden Forderungen nicht verjährt sein dürfen, müssen die Forderungen für die Aufrechnung noch andere Eigenschaften aufweisen. Sie müssen gegenseitig sein, d. h. es müssen einmal die Forderungen zwischen denselben Parteien bestehen, die gleiche Rechtseigenschaft haben. Forderung und Schuld müssen also in derselben Person bestehen. Es muß außerdem die Befugnis zur Aufrechnung für beide Parteien bestehen. Die Identität der Parteien ist ebenso wie im deutschen Rechte gegeben, wenn Forderung und Schuld in derselben Person begründet sind. [48]) Nicht möglich ist also eine Aufrechnung gegenüber dritten Personen. Zur Gegenseitigkeit wird aber auch die Befugnis beider Parteien, sich auf die Aufrechnung berufen zu können, verlangt. Es sollen also beide Parteien aufrechnen können oder keine von beiden. [49]) Eine Ausnahme besteht im englischen ebenso wie im

---

46) Walker v. Clements, 1850, 15 QB. 1046; Halsbury, a. a. O., Tome 25, No. 869.

47) Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 859; Leake, On Contracts, London, 1921, S. 775.

48) Vgl. Gedney in re Smith v. Gummit, 1908, 1. Ch. 804.

49) Williams, Law and Practice of Bankrupcy, 14. Ed. London, 1922, zu s. 31 des Bankruptcy Act von 1914.

deutschen Rechte nach § 393 BGB. dann, wenn g e g e n eine Hauptforderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung aufgerechnet werden soll. Eine solche ist hier wie dort aus Billigkeitsgründen ausgeschlossen; denn es darf niemand Vorteile aus seinem eigenen Unrecht ziehen. Dagegen wäre eine Aufrechnung m i t solchen Gegenforderungen in beiden Rechten möglich. Denn volenti non fit iniuria.

Ein weiterer Fall des Ausschlusses der Aufrechnung im englischen Rechte ist der, daß gegen Hauptforderungen auf Rückgabe einer zu einem bestimmten Zweck gegebenen Geldsumme nicht aufgerechnet werden kann, wenn dieser Zweck nicht erfüllt worden ist oder nach seiner Erfüllung eine Summe Geldesrest geblieben ist. [50]) Es ist dies eine Ausnahme von dem Grundsatz der Gegenseitigkeit. Denn es handelt sich doch hier um gegenseitige Geldforderungen. Trotzdem ist eine Aufrechnung nicht möglich. Nach englischem Rechte soll eben derjenige, der Geld zu einem bestimmten Zwecke erhält, bei Nichterfüllung dieses Zweckes oder bei Verbleib eines Überschusses nicht Eigentümer des Geldes, sondern nur eine Art Treuhänder betreffs der Rückgabe sein. Er begeht einen Vertragsbruch, wenn er das Geld anders gebraucht, als der mit der Geldhingabe verlangte Zweck es erheischt. [51])

aa) Weitere Ausnahmen von dem Grundsatze der Gegenseitigkeit, diesen nach englischem Rechte verstanden, bilden die Fälle des equitable set-off, wo dritten Personen gegenüber die Wirkungen des set-off eintreten.

Hier besteht eine Ausnahme zunächst bei dem indirekten Stellvertreter und dem Effektenkommissionär (broker). Beide sind berechtigt, wenn eine gegen sie persönlich gerichtete Forderung bei ihnen eingeklagt wird, mit den Gegenforderungen gegen den anderen Teil aufzurechnen, die ihnen auf Grund eines Vertrages zustehen, den sie für einen nicht hervortretenden Geschäftsherrn abgeschlossen

---

50) Halsbury, a. a. O., Tome 2, No. 348.
51) Williams, a. a. O., zu s. 31

haben.[52]) Da der indirekte Stellvertreter und der broker persönlich für die Verpflichtungen aus dem Vertrage haften[53]), sie also die Nachteile aus dem Vertrage tragen, müssen sie auch die Vorteile ziehen, also auch aufrechnen können.[54]) Im deutschen Rechte kann der indirekte Stellvertreter, der aus dem Vertrag selbst berechtigt und verpflichtet wird, selbstverständlich auch aufrechnen. Den broker im Sinne des englischen Rechtes kennt das deutsche Recht nicht. Der Vertragspartner des indirekten Stellvertreters und des broker kann dem Vertretenen gegenüber mit den Gegenforderungen, die ihm gegen den Vertreter zustehen, aufrechnen, es sei denn, daß er die Vertretereigenschaften kannte.[55]) Wußte aber der vom Vertretenen Beklagte, daß es sich um einen Vertreter handelt, ohne den Geschäftsherrn zu kennen, so mußte er sich nach dem Geschäftsherrn erkundigen und ist diesem gegenüber nicht zur Aufrechnung berechtigt.[56]) Da der broker im Gegensatz zum deutschen Kommissionär keinen Besitz an den von ihm veräußerten Waren hat, muß diese Tatsache den Käufer auf dessen Vertretereigenschaften aufmerksam machen. Er muß fragen, wen er vertritt. Die Aufrechnung des Käufers dem Geschäftsherrn gegenüber ist deshalb bei Kenntnis der Vertretereigenschaft ausgeschlossen.

Anders verhält es sich im englischen Rechte mit dem „factor", dem Handelsagenten im Sinne des deutschen Handelsgesetzbuches. Er hat Besitz an den von ihm veräußerten Waren. Der Erwerber kann nicht feststellen, ob der factor Geschäftsherr oder Vertreter ist. Wußte also der Käufer, oder hätte er wissen müssen, daß der factor auf eigene Rechnung verkauft, und verklagt ihn der wirkliche Geschäftsherr auf Zahlung des Kaufpreises, so kann er gegenüber der

52) Halsbury, a. a. O., Tome 25, No. 901; Leake, a. a. O., S. 757. Montagu v. Forwood, 1893, 2 QB. 350.

53) Siehe Grove v. Dubois, 1786, 1. T. R. 112.

54) Williams, a. a. O., zu s. 31.

55) Carr v. Hinchcliff, 1825, 4 B. u. C. 548.

56) Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 877—881; Leake, a. a. O., S. 757, Semenza v. Brinsley, 1865, 18. C.B. (N.S.) 467.

Kaufpreisforderung mit allen Gegenforderungen aufrechnen, die er gegen den factor hat. [57])

Ein letzter Fall des equitable set-off betrifft die Aufrechnungsmöglichkeit nach Abtretung einer Forderung. [58]) Dann geht die Forderung mit allen Verteidigungsmöglichkeiten, die gegen den Zedenten bestanden, auf den Zessionar über. Eine solche ist auch die Aufrechnung. War zur Zeit der Abtretung der Forderung eine Aufrechnung im Prozesse zwischen dem Schuldner und dem Zedenten möglich, so bleibt sie auch zwischen dem Schuldner und dem Zessionar bestehen. [59]) Eine Aufrechnung gegenüber dem Zessionar ist z. B. nicht möglich mit einer Gegenforderung aus unerlaubter Handlung. Sie war zur Zeit der Abtretung gegenüber dem Zedenten nicht im Prozesse aufrechenbar. Denn hier können ja nur liquide Forderungen geltend gemacht werden. [60]) Es kann aber wie im deutschen Rechte nicht mit allen gegen den Zedenten bestehenden Gegenforderungen auch gegenüber dem Zessionar aufgerechnet werden. Forderungen, die erst nach Kenntnis von der Abtretung erworben wurden, können nach deutschem wie englischem Rechte nicht dem Zessionar gegenüber zur Aufrechnung gestellt werden. [61]) Für das deutsche Recht bestimmt dies § 406 BGB. Für das englische Recht ergibt sich dies aus der Erwägung, daß bei diesem Tatbestande eine Aufrechnungsmöglichkeit zwischen dem debitor cessus und dem Zedenten nicht bestanden hat. Ist aber eine Forderung gegen den Zedenten zwar n a c h Kenntnis von der Abtretung, aber noch v o r Fälligkeit der abgetretenen Forderung fällig geworden, so ist im englischen wie im deutschen Rechte eine Aufrechnung möglich. Die Forderung des Schuldners muß aber

---

57) Leake, a. a. O., S. 356/357; Carr v. Hinchcliff, 1825, 4. B. u. C. 548; Semenza v. Brinsley, 1865, 18 C.B. (N.S.) 467; Cooke v. Eshelby, 1887, 12 A.C. 271.

58) Williams, a. a. O., zu s. 31.

59) Halsbury, a. a. O., Tome 25, No. 882; Snell, a. a. O., S. 512.

60) Stoddart v. Union Trust Ltd., 1812, 1 K.B. 181.

61) Jenks, Digest of English Civil Law, 1921, Tome I, S. 142, § 329.

bei der Kenntnis von der Abtretung schon rechtsbeständig gewesen sein im englischen Rechte. [62])

bb) Notwendig ist bei Darstellung des Erfordernisses der Gegenseitigkeit noch das Eingehen auf die Aufrechnung bei Gesamtschulden im englischen Rechte. Dieses läßt weder die Aufrechnung einer gemeinschaftlichen Schuld gegen eine Einzelschuld noch eine solche im umgekehrten Falle zu. [63]) Es versteht unter gemeinschaftlicher Schuld nicht eine Teilschuld im Sinne von § 420, sondern unterscheidet drei Arten von Gesamtschulden: die joint debt, die several debt und die joint and several debt. Bei der joint debt haben die Schuldner gemeinschaftlich dasselbe Versprechen, eine Leistung zu erbringen, abgegeben, bei der several debt haben sie sich unabhängig voneinander zur selben Leistung verpflichtet, und bei der joint and several debt haben sie sich gemeinschaftlich und außerdem unabhängig voneinander zur selben Leistung verpflichtet. Es handelt sich hier um echte Gesamtschulden. Jeder der Gesamtschuldner ist zur ganzen Leistung verpflichtet. Eine Aufrechnung solcher Gesamtschulden gegenüber Einzelschulden ist wegen mangelnder Gegenseitigkeit ausgeschlossen. Das deutsche Recht dagegen gestattet jedem Gesamtschuldner die Aufrechnung mit einer gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung und umgekehrt; denn gemäß § 421 Satz 1 BGB. ist jeder Gesamtschuldner zur Bewirkung der ganzen Leistung verpflichtet, der Gläubiger aber nur berechtigt, die Leistung einmal zu fordern. Eine Ausnahme läßt das englische Recht für die Aufrechnung von joint debts zu einer mit dem Wortlaute des § 421 Satz 1 BGB. ähnlichen Begründung. [64]) Man führt auch als Beweis für die Zulässig-

62) Jenks, a. a. O., I, S. 142, § 329.

63) Williams, a. a. O., zu s. 31; Halsbury, a. a. O., Bd. 2, No. 351, Bd. 25, No. 871.

64) Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 871, 872, 873. — Leake, a.a.O., S. 755. — Owen v. Wilkinson, 1858, 5. C.B. (N.S.) 526. Beispiel: G ist berechtigt, von S die ganze Leistung zu verlangen, die S mit anderen als „joint promisors" schuldet. Es kann denn G auch mit dieser Gegenforderung gegen eine Hauptforderung des S an ihn aufrechnen.

keit die besonders enge Verbundenheit der einzelnen Verpflichtungen bei den joint debts an, die sich z. B. darin äußere, daß die Verbindlichkeit der joint debts schon dann erlösche, wenn der Gläubiger gegen einen der Gesamtschuldner ein Urteil erwirkt habe, auch wenn er keine Befriedigung aus dem Urteil erlange. [65])

cc) Wie steht es nun mit der Aufrechnung der Forderung, die durch eine Bürgschaft gesichert ist? Das deutsche Recht gestattet eine solche; denn es trennt ja Hauptschuld und Bürgschaft voneinander; im englischen Rechte handelt es sich überwiegend um joint and several debts: Hauptschuldner und Bürgen haben sich also gemeinschaftlich und außerdem unabhängig voneinander zu derselben Leistung verpflichtet. Es müßte mithin nach dem oben erörterten Grundsatze wegen mangelnder Gegenseitigkeit eine Aufrechnung bei diesem Gesamtschuldverhältnisse ausgeschlossen sein. Trotzdem läßt das englische Recht eine Aufrechnung zu, da es nur die Sicherung für die Hauptschuld als Gesamtschuld betrachtet. Der Gläubiger soll sich nicht an die Sicherung durch die Bürgschaft halten können, ohne daß er die gegenüber der Hauptschuld bestehende Aufrechnung zuläßt. [66]) Im Gegensatze zum deutschen Rechte (§ 770 Abs. 2 BGB.) steht dem vom Gläubiger auf Zahlung belangten Bürgen nicht nur ein Leistungsverweigerungsrecht zu, sondern er darf alle Einreden erheben, die dem Hauptschuldner zustanden. Und hierzu gehört auch die Einrede der Aufrechnung. [67]). In der Erhebung dieser Einrede liegt keine Verfügung des Bürgen über ein dem Hauptschuldner zustehendes Recht; denn die Aufrechnung wird ja durch Urteil vollzogen, das erst die gegenseitigen Forderungen vernichtet.

c) Neben dem Erfordernisse der Gegenseitigkeit der Forderungen verlangt das englische Recht für das set-off, daß die

---

65) Bunge, a. a. O., S. 46.

66) Halsbury, a. a. O., Tome 21, Nr. 351.

67) Halsbury, a. a. O., Tome 25. Nr. 905; Jenks, a. a. O., S. 296, 668; Leake, a. a O., S. 753 f.; Murphy v. Glass, 1869, L.R. 2. C.P. 408.

Forderungen gleichartig sind. Es können nur Geldforderungen und solche, die in Geldforderungen übergehen können, aufgerechnet werden. [68]) Ausgeschlossen von der Aufrechnung sind also z. B. Herausgabeansprüche. Die Gleichartigkeit ist aber noch dann gegeben, wenn die eine zur Aufrechnung gestellte Forderung gesichert ist, während es die andere nicht ist. [69]) Werden solche Forderungen zur Aufrechnung benutzt, so gehen damit auch die für sie bestehenden Sicherheiten unter. [70]) Mit einer Gegenforderung auf Rückgabe einer Sache in natura kann nicht gegen eine andere zur Aufrechnung geeignete Hauptforderung aufgerechnet werden; denn dies würde dem Erfordernis der Gleichartigkeit widersprechen. Der Anspruch auf Rückgabe einer bestimmten Sache ist eben kein Geld oder geldwerter Anspruch im Sinne des englischen Aufrechnungsrechtes. [71]) Auch nach deutschem Rechte wäre eine Aufrechnung wegen mangelnder Gleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen.

d) Konnex müssen dagegen die Forderungen im englischen Rechte für die Zulässigkeit des set-off nicht sein. Forderungen aus verschiedenen Verträgen, Forderungen aus einem eine Form verlangenden Vertrag, deed genannt, wie Forderungen aus einem nicht eine Form verlangenden Vertrage, simple contract genannt, können zur Aufrechnung gestellt werden.

3.

a) Nun erstreckt sich die Betrachtung nach der bisherigen Darstellung des englischen Aufrechnungsrechtes noch darauf, wann eine

---

68) Halsbury, a. a. O., Tome II, No. 348; Leake, a. a. O., S. 763; Williams, a. a. O., zu s. 31; Astley v. Gurney, 1869, L.R. 4. C.P. 714; Lord (Trustee of) v. Great Railway & Co., 1908, 2, K.B. 54.

69) Halsbury, a. a. O., Tome II, S. 211, No. 349; Williams, a. a. O., zu s. 31; Mc.Kinnon v. Armstrong Brothers and Co., 1877, 2. A.C. 531.

70) Williams, a. a. O., zu s. 31.

71) Rose v. Hart, 1818, 8 Taunt. 449; Ellis and Co's Trustee v. Dixon-Johnson, 1925, A.C. 485.

Aufrechnung im englischen Rechte sonst noch ausgeschlossen bzw. möglich ist. Eine Aufrechnung ist wohl im englischen Rechte dadurch ausgeschlossen, daß die Parteien vertraglich vereinbaren, daß sie im Prozesse die Aufrechnungseinrede nicht erheben wollen. Der Beklagte soll sich frei entschließen können, ob er die Aufrechnung geltend machen will oder nicht. Es kann also der Aufrechnungsgegner mit dem Aufrechnenden und umgekehrt einen Vertrag des Inhalts schließen, daß sie die Aufrechnungseinrede nicht erheben bzw. keinen Gebrauch von ihr machen werden. [72]) Und zwar kann dies formlos geschehen. Das Gesetz verbietet nirgends einen solchen Vertrag. [73]) Die Parteien müssen dies allerdings nicht nur stillschweigend vereinbart haben, sondern dies ausdrücklich im Vertrage bestimmen. [74])

b) Eine Aufrechnung im Wege des set-off ist aber ausgeschlossen, wenn sie g e g e n Hauptforderungen, die nach dem Gesetz nicht abgetreten oder belastet werden dürfen, erfolgen soll. [75]) Es soll nämlich hier die Leistung realiter und nicht im Wege eines Erfüllungssurrogates, wie es die Aufrechnung ist, erbracht werden. In diesem Zusammenhange findet die Bestimmung Beachtung, die dem Arbeitgeber grundsätzlich verbietet, gegen Hauptforderungen auf Lohnzahlung aufzurechnen. Er darf nur *mit* den ausdrücklich im Truck Act von 1831 aufgezählten Gegenforderungen gegen Hauptforderungen auf Lohnzahlung des Arbeitnehmers aufrechnen. [76]) Auch das deutsche Recht kennt solche Truck-Verbote, z. B. in § 115 Abs. 1 GewOrdn. für Gewerbetreibende. Diese müssen ihren Arbeitnehmern den Lohn bar auszahlen (§ 115 Abs. 1 GewOrdn.). Sie dürfen dem Arbeitnehmer keine Waren kreditieren (§ 115 Abs. 1 Satz 1 GewOrdn.). Forderungen, welche dem § 115 zuwider kreditiert worden sind, können gemäß § 118 Satz 1 GewOrdn. vom Gläubiger nicht durch A n rech-

---

72) Bunge, a. a. O., S. 52/53.
73) In re Goy & Co. Ltd., 1900, 2 Ch. 149.
74) Clarke v. Fell, 1893, 4 B. 8 Ad. 404.
75) Halsbury, a. a. O., Tome 25, No. 861.
76) Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 878; Williams v. North's Navigation Collierties Ltd., 1906, A.C. 136.

nung geltend gemacht werden. Somit kann der Arbeitgeber auch nicht m i t solchen Gegenforderungen g e g e n die Hauptforderungen auf Lohnzahlung der Arbeitnehmer aufrechnen. Eine Aufrechnung g e g e n nicht abtretbare oder nicht belastbare Hauptforderungen ist aus dem Grunde ausgeschlossen, weil der Gläubiger einer solchen Forderung in der Verfügung über diese beschränkt ist. Eine Aufrechnung g e g e n solche Hauptforderungen würde gegen den Grundsatz der Gleichartigkeit verstoßen.

c) Möglich ist im englischen Recht im Gegensatz zum allgemeinen Ausschluß einer Aufrechnung im englischen Konkursrechte [77]) die Aufrechnung zwischen Ansprüchen auf Rückerstattung der Prozeßkosten. Es kann das Gericht durch Urteil nach R.S.C. Order LXV r. 14 eine Aufrechnung zwischen den Ansprüchen auf Rückerstattung der Prozeßkosten von zwei verschiedenen Prozessen für zulässig erklären. Allgemein ist dies aber nicht zulässig. Damit das Gericht die Möglichkeit der Nachprüfung der Kostenentscheidungen hat, wird eine Aufrechnung nur zulässig sein, wenn die beiden Prozesse am gleichen Gerichte angestrengt werden. So haben verschiedene Entscheidungen unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes die Aufrechnung zwischen Erstattungsansprüchen aus getrennten Prozessen entgegen dem klaren Gesetzeswortlaute abgelehnt. [78])

4.

Eine letzte Betrachtung erstreckt sich auf die Durchführung und die Wirkungen der Aufrechnung. Hier zeigt sich der größte Unterschied des englischen set-off zur deutschen Aufrechnung. Sind alle oben geschilderten Voraussetzungen einer Aufrechnung gegeben, so erfolgt diese nicht wie im deutschen Rechte durch eine materielle Willenserklärung (§ 389 Satz 1 BGB.), sondern durch Erhebung

77) Siehe Bunge, a. a. O., S. 54, 55.

78) David v. Rees, 1904, 2. K.B. 435. Bake v. French, 1907, 1 Ch. 428; Goodfellow v. Gray, 1899, 2 Q.B. 498 (cit. nach Bunge, a. a. O., S. 187).

einer Einrede im Prozesse, eben des set-off; der counter-claim, wenn eine Aufrechnung durch set-off wegen Fehlens einer oder mehrerer seiner Voraussetzungen nicht möglich, aber der Beklagte selbständig gegen den Kläger zu klagen berechtigt ist; der unabhängigen Widerklage, der cross-action, oder gar im Wege eines regelrechten Aufrechnungsvertrages. Diesen läßt das deutsche wie das englische Recht zu. [79]) Selbst sonst nicht aufrechenbare Forderungen können durch vertragliche Aufrechnung getilgt werden. Es soll nur der nach Verrechnung der Forderung verbleibende Rest gezahlt werden. [80]) Die einseitige Willenserklärung im deutschen Rechte hat materiell die Wirkung, daß die Forderungen als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind (§ 389 BGB.). Die Wirkungen der englischen Aufrechnung mit all' ihren Erscheinungsformen traten erst durch Urteil des Richters ein. Erst dieses bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, erlöschen.

79) Halsbury, a. a. O., Tome 25, Nr. 860; Leake, a. a. O., S. 735.
80) Ebenda.
81) Halsbury, a. a. O., Tome 2, Nr. 859; Leake, a. a. O., S. 755.

Zweiter Hauptteil.

Einleitung.

Man wird nach gesetzlichen Vorschriften zur Lösung des Aufrechnungsproblems im deutschen internationalen Privatrechte in dessen Hauptquelle, den Artt. 7 bis 31 EG. zum BGB., aber auch sonstwie vergeblich suchen. Es fehlt im EG. zum BGB. vollkommen an Gesetzesbestimmungen, die sich mit dem Vertragsrechte befassen. Eine Bestimmung oder auch nur ein ausdrücklicher Hinweis auf eine außerhalb des EG. vorhandene anwendbare Bestimmung über die Aufrechnung zweier Forderungen, von denen entweder eine der deutschen und die andere einer ausländischen Rechtsordnung angehört oder beide gleichen oder verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen unterliegen, fehlt im deutschen Rechte völlig. So taucht die Frage auf, wie diese vollkommene Gesetzeslücke zu beseitigen sei.

Auch im deutschen internationalen Privatrechte müssen vollständige Gesetzeslücken nicht anders als sonst im Gebiete des materiellen Rechtes ergänzt werden. [1]) Die Lösung des Aufrechnungsproblems kann für das deutsche internationale Privatrecht erst dann als befriedigend angesehen werden, wenn sie dem Zwecke der Aufrechnung im deutschen Rechte und den Interessen beider bei der Aufrechnung beteiligter Parteien gerecht wird. Außerdem müssen, weil es sich hier um eine Aufrechnung handelt, die Einfluß auf den internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehr hat, dessen Bedürfnisse bei der Lösung des Aufrechnungsproblems berücksichtigt werden.

---

1) Hans Lewald, Das Deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig, 1931, S. 7/8.

I.

1. Fest steht für das deutsche internationale Privatrecht heute fast allgemein, daß man für international-privatrechtliche Tatbestände der Aufrechnung nicht ohne weiteres die lex fori anwenden darf. Denn der internationale Wirtschaftsverkehr erträgt es nicht, daß die Vertragsschließenden über ihre rechtlichen Beziehungen im Unklaren bleiben. Die Parteien müssen wissen, ob sie eine Aufrechnungsmöglichkeit haben, und nach welchem Rechte die Aufrechnung zweier Forderungen zu beurteilen ist. Nicht soll die eine oder andere Partei darüber im Unklaren bleiben, bis ein Richter in Anspruch genommen wird. — Vertreter der Lehre von der Anwendung der lex fori, wenn auch einschränkend, sind *von Bar*, *Rolin* und *Walker*.

v. Bar [2]) meint zwar, über die Zulässigkeit der Einrede der Aufrechnung entscheide der urteilende Richter insofern nach seinem Gesetze, als diese Einrede aus prozessualen Gründen etwa zurückzuweisen sei. Es müsse aber als ein mit gewissen Forderungen verbundenes vertragsmäßiges Recht des Gläubigers betrachtet werden, daß ihm diese Einrede nicht entgegengesetzt werde. Dies materielle Recht könne der Gläubiger nicht dadurch verlieren, daß die Klage zufällig an einem anderen Orte anhängig werde als an dem, dessen Gesetzen die Forderung überhaupt unterworfen sei. v. Bar möchte also nur für die Frage, ob der urteilende Richter im Prozesse die Einrede der Aufrechnung aus prozessualen Gründen zurückweisen muß, die lex fori anwenden. Bis hierhin kann ihm gefolgt werden. Wenn er aber ein materielles Vertragsrecht des Gläubigers konstruiert, nach dem der Schuldner verpflichtet sei, die Aufrechnungseinrede nicht zu erheben, so wird man dieses Recht nur bei ausdrücklicher Vereinbarung des Ausschlusses der Aufrechnung anerkennen dürfen; denn es ist nicht einzusehen, wieso ein solches stillschweigend entstandenes Recht ohne Willen des anderen Vertragspartners vorhanden sein kann.

---

2) v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Bd. II, Hannover, 1889, S. 91.

Rolin [3]) gründet die Anwendung der lex fori auf die Erwägung, daß sie eine bei der Aufrechnung allgemein zu beachtende Regel sei, genau wie die, welche die Aufrechnung aus Gründen des ordre public zulasse oder sie aus denselben Gründen oder in Erwägung dritter allgemeiner Interessen verbiete. Die Lehre Rolins verkennt aber mit der Gleichstellung der Anwendbarkeit von lex fori und ordre public, daß bei der Aufrechnung mehr das Einzel- als das allgemeine Interesse, um das es sich doch beim ordre public vor allem handelt, beachtet werden muß [4]), sodaß die genannte Gleichstellung nicht dem Wesen der Aufrechnung entspricht. Die Begründung Rolins scheidet daher für das deutsche internationale Privatrecht aus.

Walker [5]) führt die einfache Lösung der Aufrechnung im englischen Rechte an. Ferner sagt er, daß die Bestimmungen, die eine Aufrechnung in gewissen Fällen verbieten, dem ius cogens angehörten. Daher müsse für die Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung (Gegenseitigkeit, Klagbarkeit, Fälligkeit, Gleichartigkeit) und die Frage, ob die Aufrechnung nicht im einzelnen Falle wegen der Art der Hauptforderung oder der Art der Gegenforderung ausgeschlossen ist, die lex fori angewandt werden. [6]) Seine Begründung verkennt den materiell-rechtlichen Charakter der deutschen Aufrechnung; denn aus der englischen Aufrechnung, die doch ein Institut des Prozeßrechts ist, kann kein Schluß auf die materiell-rechtliche

---

3) Rolin, Principes de droit international privé, II. vol, Applications, Paris, 1897, p. 580, 81.

4) Belucci, a. a. O., S. 40.

5) G. Walker, Internationales Privatrecht. 4. Aufl., Wien, 1926, S. 452.

6) Die deutsche Rechtsprechung bringt, soweit bekannt geworden ist, nur eine Entscheidung für die Anwendung der lex fori, und zwar das OLG. Kassel vom 11. XI. 1910 in OLG. 23, 14 ff. auf S. 16: „Ob Beklagter mit dieser Forderung (gemeint ist eine Gegenforderung wegen Verletzung eines Warenzeichens) aufrechnen könne, wie dies zu geschehen habe, sei nach deutschem Rechte zu beantworten, da der Kläger bei deutschen Gerichten geklagt habe.

Aufrechnung des deutschen Rechtes gezogen werden. Auch geht der Hinweis darauf, daß die Bestimmungen, die die Aufrechnung in gewissen Fällen verbieten, dem ius cogens angehörten, fehl; denn daraus folgt doch noch nichts für die Anwendung der lex fori. Es ist vielmehr im deutschen internationalen Privatrechte wegen des materiellen Charakters der Aufrechnung ausgeschlossen, für deren Voraussetzungen, Durchführung und Wirkungen die lex fori anzuwenden. Bei allgemeiner Anwendung des deutschen Rechtes im Falle der Aufrechnung würde man materielles mit prozessualem vermischen. Man würde auf Grund eines neuen Gerichtsstandes, den des Rechtes des urteilenden Richters, die Entscheidung materieller Voraussetzungen der Aufrechnung, die vielleicht ganz anderen Rechtsordnungen selbst unterworfen sind, allein dem deutschen Rechte unterwerfen. Dies ist aber ausgeschlossen. Es besteht zwar der Grundsatz der lex fori für das deutsche Prozeßrecht, soweit es sich um die Anwendung deutscher Prozeßrechtsregeln für die Aufrechnung handelt. Nicht aber kann die lex fori für das materielle internationale deutsche Privatrecht allgemein anwendbar sein. Es muß hier vielmehr den verschiedenen in Frage stehenden Rechtsordnungen Rechnung getragen werden.

Die Anwendung der lex fori ist für das deutsche internationale Privatrecht, wie angedeutet, nur in solchen Fällen zulässig, wo die Aufrechnung einen prozessualen Charakter hat. Dies ist, wie dargestellt wurde, im englischen Rechte der Fall. Hier sind das set-off, das equitable set-off, die counter-claim und die cross-action, also alle Aufrechnungsmöglichkeiten des englischen Rechtes, Institute des Prozeßrechtes. Sie werden demgemäß auch unter der Überschrift „Procedure" behandelt. Die Frage, ob gegen eine Hauptforderung in einem in England abhängigen Prozesse eine Aufrechnung zulässig ist, entscheidet immer die lex fori [7]), das englische Recht. Würde in

7) Bunge, a. a. O., S. 22; Dölle, a. a. O., S. 36/37; A. V. Dicey, A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws, 1908, p. 708, Rule 193(4); Foote, A Concise Treatise on Privat International Jurisprudence, 1904, p. 522; Raleigh, C. Minor, Conflict of Laws, 1901, 525/26; Francis Wharton, Treatise on the Conflict of Laws on

England ein Schuldner aus einem Schuldverhältnisse, das deutschem Rechte unterliegen würde, durch Klage in Anspruch genommen werden, so kommt es für das Aufrechnungsrecht des Schuldners nur auf das englische, nicht auf das deutsche Recht an. [8]) Das englische Recht würde z. B. darüber entscheiden, ob die zur Aufrechnung benutzte, deutschem Rechte unterliegende Gegenforderung fällig und liquide sein muß. Handelt es sich dagegen um die Entscheidung der Frage, ob die zur Aufrechnung gestellte Forderung überhaupt existiert, so wäre wohl das Recht anzuwenden, das nach allgemeinem Grundsatz für die Gegenforderung als „proper law of contract" maßgebend ist. [9]) Der Standpunkt des englischen internationalen Privatrechtes ist im Hinblick auf den prozessualen Charakter der Aufrechnung im englischen Rechte gerechtfertigt, kann aber für das deutsche internationale Privatrecht wegen des materiellen Charakters der deutschen Aufrechnung keine Anwendung finden.

Das französische und italienische Recht — im holländischen Rechte wird wegen des materiellen Charakters der Aufrechnung die Anwendung der lex fori (de wet van het geding) verneint [10]) — kennen einen Fall, wo die Anwendbarkeit der lex fori bei der Aufrechnung anzuerkennen ist. Es ist dies der Fall der gerichtlichen Kompensation. Das französische Recht hat ihn in Art. 404 des Code Civil de procédure, das italienische Recht in seinem Prozeßgesetz

---

Privat International Law, 1905, II, p. 1584; John Westlake, A Treatise on Privat International Law, London, 1922, 6. Aufl. § 346; ders., Lehrbuch des internationalen Privatrechts, deutsch von Holtzendorff, S. 339 (1884).

8) Meyer v. Dresser (zit. nach: Die Zivil-Gesetze der Gegenwart, Bd. II, herausgegeben von K. Heinsheimer, Das Zivilrecht Englands, I. Teil, Bensheimer, 1931, S. 207.

9) Melan v. Fitz-James (cit. nach Das Zivilrecht Englands, a. a. O., S. 207). Foote (A), Private International Law, London, 1926, S. 557.

10) Kosters, International Burgerligk Recht in Nederland, Haarlem, 1917, S. 812.

Art. 100 n. 2, c. 102 [11]) geregelt. Die compensation judiciaire des französischen Rechtes tritt trotz Fehlens der Liquidität in dem Falle ein, wo der Beklagte eine Widerklage, „une demande reconventionelle", anstrengt. Hier kann der Richter, auch ohne daß alle vom Code civil für die Aufrechnung verlangten Voraussetzungen vorliegen, eine Aufrechnung zulassen. [12]) Diese compensation judiciaire ist aber eine Regel ausländischen Prozeßrechtes, die der deutsche Richter im deutschen Rechte nicht allgemein anwenden darf. — Für das deutsche materielle internationale Privatrecht muß vielmehr ein anderer Weg für die Lösung des Aufrechnungsproblems gezeigt werden.

2.

Man ist verschiedentlich von der Erwägung ausgegangen, daß bei der Aufrechnung doch zwei Forderungen getilgt würden. Infolgedessen müsse man für jede Forderung prüfen, ob nach ihrer Rechtsordnung alle Voraussetzungen für die Aufrechnung gegeben seien. Nur dann dürfe man eine Aufrechnung zulassen. Es seien dann eben beide Forderungen gleichwertig. Daher sei keiner bei der Aufrechnung der Vorzug zu geben.

---

11) Vgl. die bei Belucci, a. a. O., S. 70, 72 angeführten Schriftsteller und ferner Mortara, Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile, Vol. II, Milano, p. 131, § 93.

Gegen die gerichtliche Kompensation z. B. Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, Napoli, 1905, p. 465/66.

12) Frantz Despagnet, Précis de droit international privé, Paris, 1909, p. 920, 921, no. 316; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, IV vol., Paris, 1902, § 226, not 8 ff., p. 375, 376; Barazetti, Einführung in das französische Zivilprozeßrecht und das badische Landrecht, S. 209; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, II vol., Paris, 1909, p. 195.

Andere für die Zulassung einer compensation judiciaire sich entscheidende Schriftsteller bei Belucci, a. a. O., S. 70, Anm. 1. Sacerdoti, Des conflicts de lois en matière de compensation des obligations im Journal du droit international privé (Clunet), 1896, p. 58.

a) Diese Meinung wird zunächst von verschiedenen Schriftstellern [13]), insbesondere in neuerer Zeit von *Pillet* [14]) vertreten. Er meint, die Aufrechnung könne nur dann stattfinden, wenn nach beiden Gesetzen die für das Zustandekommen der Aufrechnung erforderlichen Bedingungen gleichermaßen erfüllt seien (. . . seront également présentes). Eine nähere Begründung gibt *Pillet* nicht.

Von den italienischen Schriftstellern steht *Cereti* [15]) auf dem Standpunkte, daß bei der Aufrechnung zwei entgegengesetzte Forderungen vorhanden seien. Von diesen werde jede in ihrem Werte und den Wirkungen nach dem Gesetze ihres Abschlußortes, das die inneren und wesentlichen Eigenschaften der Forderungen bestimme, behandelt (S. 147). Es bestehe wirklich kein Grund, der ausreiche, einem Gesetz vor dem anderen den Vorzug zu geben (S. 148).

Der Italiener *Diena* [16]) sagt, es werde durch die Kumulation (= gleichzeitige Anwendung zweier bei der Aufrechnung beteiligter Rechtsordnungen) eine viel einfachere Lösung (als durch die Anwendung nur einer Rechtsordnung) geschaffen. Denn derjenige, der gegenüber der verlangten Erfüllung ein Aufrechnungsrecht geltend mache, beschränke sich materiell auf das Vorbringen einer Einrede, die den Inhalt seiner Forderung selbst betreffe. Daraus könne man ableiten, daß es bei Erlaß eines Urteils allein auf Grund dieser Ein-

---

13) Eugène Audinet, Principes élémentaires du droit international privé, 2e éd., 1906, p. 302, 303; Brocher, Cours de droit international, Vol. II, Paris-Genève, 1883, § 170, p. 120, 121; Georges Dreyfus, L'Acte juridique en droit international privé, 1904, p. 374/75, De Vareilles-Sommaires, La Synthèse du droit international privé, 1897, I, p. 253; F. Surville et F. Arthuys, Cours élémentaire de droit international privé, Paris, 1910, p. 314, no 267; F. Surville, Cours élémentaire de droit international privé, Paris, 1925, p. 380.

14) Antoine Pillet, Traité de droit international Privé, Tome II, Grenoble-Paris, 1924, p. 216.

15) Carlo Cereti, Le obbligazioni nel diritto internazionale privato, Torino, 1925, S. 147, 148.

16) Guilio Diena, Principii di diritto internazionale privato, Milano-Roma, Napoli, 1926, p. 263.

rede hin logisch und natürlich sei, d a s Gesetz anzuwenden, dem die Forderung unterworfen sei.

Der Holländer *Kosters* [17]) sieht keinen Anlaß als gegeben an, für die Aufrechnung (= schuldvergelijking) dem Gesetz der ursprünglichen oder der später entstandenen Forderung den Vorzug zu geben. Jedes der in Frage kommenden Gesetze könne nach dem Grundsatze, daß das Gesetz der Forderung auch ihr Ende bestimme, gleicherweise Geltung beanspruchen. Richtige Anwendung dieser Regel müsse dazu führen, daß jede Forderung nach den Aufrechnungsregeln der Rechtsordnung beurteilt werde, welche die einzelnen Forderungen beherrscht. Es werde hierdurch für den Fall, daß die eine Forderung erlösche, die andere aber nicht, die Möglichkeit geschaffen, daß sich keine widersprechenden Resultate bei jeder der beiden Forderungen ergeben würden.

Für das deutsche internationale Privatrecht vertreten den Standpunkt der Kumulation *Smoschewer* [18]), *Borsert* [19]), einschränkend *Neumeyer* [20]), vor allem *Zitelmann* [21]), *Dölle* [22]) und, soweit bekannt geworden ist, zwei Oberlandesgerichte [23]).

Smoschewer meint, die zufällige Prozeßlage könne unmöglich das anzuwendende Recht bestimmen. Vielmehr müßten, da die Aufrechnung beide Forderungen gleichermaßen treffe, die nach beiden Rechtsordnungen erforderlichen Voraussetzungen gegeben sein. Auch hinsichtlich der Wirkungen seien beide Gesetze gleichzeitig anzuwenden.

---

17) Kosters, a. a. O., S. 812.

18) Fritz Smoschewer, Aufrechnung von Valutaforderungen, JW. 1921, S. 1446.

19) Borsert, Bankarchiv, 1922, S. 335.

20) Karl Neumeyer, Internationales Privatrecht, Berlin, 1923, S. 29.

21) Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. II, München und Leipzig, 1912, S. 398.

22) Dölle, a. a. O., S. 35—44.

23) OLG. Düsseldorf, 11. XII. 1908, Archiv für Zivil- und Strafrecht der Königlich-Preußischen Rheinprovinz, Bd. 107, S. 317; OLG. Karlsruhe, 10. III. 1923, Badische Rechtspraxis, Bd. 26, S. 171.

Neumeyer nimmt bei der Frage der Aufrechnungsmöglichkeit Anknüpfungspunkte aus beiden Rechten. Die Frage, ob jemand durch Aufrechnung erfüllen könne, falle unter das Recht, dem die zu erfüllende Forderung sonst unterliege, während die Gegenforderung natürlich ihren eigenen Gesetzen unterliege.

Zitelmann stellt die Lehre auf, daß über die Wirkung der Aufrechnung auf die Verpflichtung des Aufrechnenden gegenüber seinem Aufrechnungsgegner allein das Personalstatut des Aufrechnenden als des Schuldners in diesem Schuldverhältnis zu entscheiden habe. Ebenso beurteile aber die auf das Forderungsrecht des Aufrechnenden selbst hervorgebrachten Wirkungen ausschließlich das Personalstatut des Aufrechnungsgegners. Da nun aber beide Wirkungen des Erlöschens des einen und des anderen Forderungsrechtes untrennbar mit einander verbunden seien, so müßten zum Eintritt der Aufrechnungswirkungen sowohl die Voraussetzungen des Personalstatuts des Aufrechnenden als auch des Aufrechnungsgegners erfüllt sein. Daraus folge auch, daß die Wirkung der Aufrechnung erst in dem Zeitpunkt eintreten könne, wo die sämtlichen von beiden Rechtsordnungen gemachten Voraussetzungen erfüllt seien,

Dölle endlich geht für die Lösung des Aufrechnungsproblems von dem Satze aus, daß das den Inhalt eines Rechtsverhältnisses bestimmende Statut die Frage beantworten müsse, ob ein Anspruch durch Erfüllung oder eines ihrer Surrogate untergegangen sei (S. 35). Alle Meinungen, die nur e i n Statut als anwendbar erklärten, verkennten, daß die Kompensation nicht nur die Hauptforderung, sondern auch die Gegenforderung zum Erlöschen bringe. Es sei daher willkürlich, den Kompensationsbestand nur einer der beteiligten Rechtsordnungen zu subsumieren. Handelte es sich doch um einen Tatbestand, an den die Rechtsfolge notwendig den Untergang zweier Ansprüche knüpfe, so müsse auch für jeden der beiden Ansprüche die für seinen Inhalt entscheidende Rechtsordnung gesucht und geprüft werden, ob die Subsumption des Tatbestandes unter diese das Erlöschen der Forderung rechtfertige. Unterstehe jede Forderung

einem anderen Statut, so würden die Forderungen durch Kompensation nur dann erlöschen, wenn alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht seien, die jedes Statut für die Aufrechnung fordere (S. 37, 38). Diese Grundsätze fänden auch Anwendung auf die Ausnahmen von der Kompensation, wenn diese auf der Natur der Hauptforderung oder der Art der Gegenforderung beruhten (S. 40). Man müsse ferner den gesamten Kompensationsbestand, nicht nur jede Forderung für sich genommen, jeder der beteiligten Rechtsordnungen subsumieren. Damit sei aber noch nicht die Frage beantwortet, welcher der beteiligten Rechtsordnungen die die Voraussetzungen darstellenden Rechtsbegriffe zu entnehmen seien, wenn die Statuten in der Begriffsbildung voneinander abweichen würden. Hier müsse man, um nicht ein den Absichten beider Rechtsordnungen zuwiderlaufendes Ergebnis zu erzielen, unter Abweichung der sonst geltenden Regelung die Subsumtion des Kompensationsbestandes unter jede der beiden Rechtsordnungen auf jedes einzelne seiner Tatbestandsmerkmale erstrecken (S. 41, 42). Wo prozeßrechtliche Vorschriften den Aufrechnungseinwand einer besonderen Regelung unterwerfen würden, gelte die lex fori (S. 42). Es könne endlich immer nur die Wirkung eintreten, die beiden beteiligten Rechtsordnungen gemeinsam sei (S. 44).

In der Rechtsprechung des Reichsgerichts findet, soweit bekannt wurde, der Standpunkt der Kumulation keine Stütze. Das Oberlandesgericht Düsseldorf dagegen ist der Ansicht, es müßte bei Tilgung gegenseitiger Forderungen durch Aufrechnung nicht allein das für den Aufrechnenden, sondern auch das für den Aufrechnungsgegner geltende Recht beobachtet (nicht „angewandt") werden, weil durch die Aufrechnung nicht bloß die Forderung des Aufrechnenden, sondern auch die Forderung des anderen Teils getilgt werden solle. Und das OLG. Karlsruhe hält die Aufrechnung der Parteien gegeneinander für zulässig, wenn sie sich sowohl nach dem deutschen als nach dem schweizerischen Rechte (dies Recht stand hier in Frage) als zulässig erweise. Eine nähere eigene Begründung gibt

das OLG. nicht, sondern verweist auf die Begründung von Zitelmann, die schon erwähnt wurde. [24])

b) Soweit überhaupt eine Begründung in den genannten Zitaten gegeben wird, geht man von den beiden bei der Aufrechnung in Frage stehenden Forderungen aus. Da durch die Aufrechnung, so argumentiert man, zwei Forderungen zum Erlöschen gebracht werden sollten, müßten die nach beiden Rechtsordnungen erforderlichen Voraussetzungen für die Aufrechnung gegeben sein. [25]) Diese Beweisführung muß notwendig von der Voraussetzung ausgehen, daß beide zur Aufrechnung gestellten Forderungen auf gleicher Linie stehen [26]), und daß es infolgedessen willkürlich sei [27]), einem der in Betracht kommenden Statute den Vorzug zu geben. Es tauchten aber bei näherer Betrachtung berechtigte Zweifel auf, ob diese Voraussetzung richtig ist, zum mindesten aber, ob sie die einzig richtige ist. Auf diese Zweifel wird bei der Begründung der eigenen Ansicht noch näher eingegangen werden. Hier genügt es zu sagen, daß eine kumulative Anwendung verschiedener Rechtsordnungen dem Institut der Aufrechnung wohl kaum gerecht wird, ganz abgesehen von den sonstigen weiter unten aufgeführten Gründen, die gegen eine kumulative Anwendung verschiedener Rechtsordnungen sprechen. Weiter wird zur Stützung der Ansicht der Kumulation angeführt, daß bei der Aufrechnung jedes der in Betracht kommenden Gesetze nach dem Grundsatze, daß das Gesetz, das über das Entstehen einer Forderung entscheide, auch deren Untergang bestimme, gleicherweise Anwendung beanspruchen könne. [28]) Daraus folge, daß bei der Aufrechnung jede der beiden Forderungen nach ihrer eigenen Rechtsordnung beurteilt werden müsse. Auch diese Begründung wird, wie später ausgeführt werden wird, einer näheren Prüfung nicht standhalten.

---

24) Zitelmann, a. a. O., Bd. II, S. 398.

25) Smoschewer, a. a. O., S. 1467; Dölle, a. a. O., S. 37. OLG. Düsseldorf, a. a. O., S. 317.

26) Dölle, a. a. O., S. 37.

27) Cereti, a. a. O., S. 148.

28) Kosters, a. a. O., S. 812.

3.

Die Meinung, daß bei der Aufrechnung im internationalen Privatrechte nur e i n e Forderung den Ausschlag gebe, wird häufig vertreten. Es herrscht aber innerhalb dieser Meinungen Uneinigkeit darüber, welche Rechtsordnung von den für die Aufrechnung in Betracht kommenden Forderungen entscheidend sei. So vertritt eine besonders in Frankreich bestehende Lehre den Standpunkt, die Rechtsordnung des Landes sei entscheidend, in dem sich der Tatbestand ereignet hat, der bewirke, daß die Forderungen einander aufrechenbar gegenüberstehen. [29]) Es soll also das Recht des Landes maßgebend sein, in dem die Aufrechnungslage hervorgerufen wurde. Im allgemeinen würde dies die Rechtsordnung sein, wo die später entstandene Forderung begründet wurde. Bewiesen wird diese Lehre mit der im französischen Rechte herrschenden Meinung, daß eine Forderung von dem Rechte des sie begründenden Ortes beherrscht werde. Die zuerst entstehende Forderung ist aber für die Bestimmung des Aufrechnungsstatuts für das französische Recht nicht maßgebend.

In Italien hat insbesondere *Bellucci* [30]) diese Lehre vertreten. Er meint, daß die Lösung des Aufrechnungsproblems von der Entscheidung der Frage abhänge, welcher unter zwei Rechtsordnungen, der des Schuldners oder der des Gläubigers, der Vorrang gegeben werden müsse (S. 38). Und hier sei grundsätzlich die Rechtsordnung des Ortes vorzuziehen, in dem sich die Tatsache vollende, die definitiv die zweite [31]) Obligation einziehbar gemacht habe (S. 63). Den Augenblick, wo die Möglichkeit der Aufrechnung in der Gegenüberstellung der beiden in gleicher Weise begründeten Forderungen unter

29) Despagnet, a. a. O., 5e éd., 1909, p. 920, 921, no 316; Lescable, Des questions de droit international privé en matière d'obligations, p. 313, 314; Weiss, Traité théorique et practique de droit international privé. 2e éd., IV, 1912, p. 395, vgl. bei Anm. 5 weitere Zitate.

30) Belucci, a. a. O., S. 38, 54, 63 und insbesondere S. 76.

31) Belucci meint damit wohl die s p ä t e r entstandene Forderung.

einem gültigen Rechtstitel begründet werde, müsse das Gesetz bestimmen, das die tatsächliche Situation rechtlich ändere (S. 57), oder m. a. W.: Nur das Gesetz könne bei der Aufrechnung Anwendung finden, das die Forderung beherrscht, deren Entstehung das Motiv für die kompensatorische Beziehung liefert. Nach der später entstandenen Forderung müsse also die Aufrechnungsmöglichkeit beurteilt werden, genauer nach dem Gesetz, unter dessen Herrschaft die Forderung einziehbar wird, nach der lex loci executionis (S. 76). So werde einmal der wichtigen Einrichtung der Aufrechnung Rechnung getragen, gleichzeitig aber passe man sich durch die Befolgung dieser Lehre an die Fundamentalgrundsätze an, die gemeinsam auf dem der Aufrechnung vorbehaltenen Feld angewandt würden.

Die Lehre der französischen und italienischen Schriftsteller kann auf dem Gebiete des deutschen internationalen Privatrechtes keine Anwendung finden. Denn einmal wird grundsätzlich im deutschen Rechte eine Forderung nicht nach dem Rechte des Vertragsabschlußortes, sondern nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts [32]) und der Oberlandesgerichte [33]) nach dem Rechte des Erfüllungsortes beurteilt. Vertragsabschlußort und Erfüllungsort können zwar zusammenfallen, sie müssen es aber nicht. Aber selbst wenn im deutschen Rechte Vertragsabschlußort und Erfüllungsort zusammenfielen, so sprächen dennoch Gründe gegen eine Anwendung der hier bekämpften Lehre. Würde man diese im deutschen Rechte anerkennen, so würde man dem Wesen der Aufrechnung nicht immer gerecht. Denn sie bezweckt, wie weiter unten näher ausgeführt werden wird, in erster Linie, dem Schuldner eine Befreiungsmöglichkeit von der Hauptforderung des Aufrechnungsgegners zu verschaffen und erst in zweiter Linie eine Befriedigungsmöglichkeit für seine Gegenforderung. Würde man bei der Aufrechnung im deutschen internationalen

---

32) z. B. RG. Bd. 73, S. 387; Bd. 74, S. 173; Bd. 81, S. 274; Bd. 95, S. 164; Bd. 101, S. 141; Bd. 107, S. 14; vgl. auch ROHG. Bd. 10, S. 229.

33) OLG. Hamburg, 28. IV. 1920, Hanseatische Gerichtszeitung, 1920, Hauptblatt Nr. 91; OLG. Frankfurt, 27. V. 23, JW. 1925, 715/16.

Privatrechte aber der hier bekämpften Lehre folgen, so würde man oft dem Aufrechnenden in erster Linie eine Befriedigungsmöglichkeit für seine Gegenforderung geben. Soll nämlich das Recht des Landes maßgebend sein, in dem die Aufrechnungslage hervorgerufen wird, so wird dies oft die Rechtsordnung sein, wo die später entstandene Forderung begründet wurde. Die später entstandene Forderung wird aber oft die Gegenforderung sein. Erst durch sie wird die Aufrechnungslage geschaffen. Der Inhaber der Gegenforderung hat es vor allem in der Hand, sich bei gegebener Aufrechnungslage für seine Forderung durch Geltendmachung der Aufrechnung in erster Linie zu befriedigen.

Würden die beiden genannten Gründe in einem Einzelfalle nicht durchschlagen, so könnte sicherlich aus rechtspolitischen Gründen eine Anwendung der hier bekämpften Lehre nicht anerkannt werden. Denn es kann nicht eingesehen werden, weshalb gerade das zuletzt entstandene Stück des Aufrechnungstatbestandes eine größere Bedeutung haben soll als das zuerst entstandene. Außerdem kann, worauf auch *Nussbaum* [34]) hinweist, die zuletzt entstandene Forderung ihren Ursprung in einem Lande haben, dessen Recht von den b e i d e n zur Beurteilung der Forderungen zuständigen Rechten verschieden ist. Es kann aber dann unmöglich die Aufrechnung dem Gesetze des dritten Landes unterworfen werden. So ist also aus all diesen Gründen eine Anwendung der geschilderten Lehre für das deutsche internationale Privatrecht abzulehnen.

4.

In diesem Zusammenhange verdient noch die Lehre Erwähnung, die für die Beurteilung eines Aufrechnungstatbestandes die Rechtsordnung maßgebend sein läßt, die dem Kläger als dem durch die

---

34) Arthur Nußbaum, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts. Tübingen, 1925, S. 228.

Aufrechnung Belasteten am günstigsten sei. *Sacerdoti* [35]) vertritt diese Meinung, wenn auch nicht ausnahmslos [36]). Er führt an, im Falle von Konflikten zwischen zwei Rechtsordnungen, von denen eine allein die ipso-iure-Aufrechnung zulasse, dürfe man eine Aufrechnung nur unter gewissen Bedingungen zulassen. Man müsse die für den Kläger günstigste Rechtsordnung anwenden (.. „qu'en cas de doute on doit adopter le parti le plus favorable à l'obligé, qui dans le cas actuel, est le demandeur, puisqu'il doit supporter le poids d'exception"). Man müsse also für den Fall, daß nur eine von den bei der Aufrechnung in Frage stehenden Rechtsordnungen die ipso-iure-Aufrechnung zulasse, die dem im Regelfalle durch die Einrede beschwerten Gläubiger günstigste Rechtsordnung anwenden. Diese Lehre kommt in ihrer Allgemeinheit dem Gläubiger allzu sehr entgegen. Denn durch die Aufrechnung ist doch auch der Aufrechnende in Anspruch genommen. Er verliert durch die Aufrechnung doch auch seine Forderung. Wenn man die dem Gläubiger günstigste Rechtsordnung, selbst unter den Einschränkungen dieser Lehre, als ausschlaggebend ansehen würde, so könnte dies doch entweder die Rechtsordnung der Hauptforderung des Gläubigers gegen den Schuldner (Gläubiger) oder die der Gegenforderung des Gläubigers (Schuldners) gegen den Schuldner (Gläubiger) sein. Eine solche Möglichkeit zulassen heißt aber den Schuldner benachteiligen zugunsten des Gläubigers. So wird man auch diese Lösung des Aufrechnungsproblems, obwohl sie derjenigen Lösung um einen Schritt näher kommt, die hier gegeben werden wird, für das deutsche internationale Privatrecht als unanwendbar erklären müssen.

II.

Die Lösung des hier in Frage stehenden Problems, die dem Wesen der Aufrechnung, den Parteiinteressen und den Bedürfnissen des internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs am besten ge-

---

35) Sacerdoti, a. a. O., S. 59.
36) Derselbe, a. a. O., S. 58.

recht wird, ist die, welche bei international-privatrechtlichen Aufrechnungstatbeständen im deutschen Rechte die Rechtsordnung der Hauptforderung entscheiden läßt. Diese Lehre wird verschiedentlich in der Theorie und der Rechtsprechung vertreten, teils ohne jede Begründung, teils mit einer solchen.

1.

Auf die Feststellung der Tatsache, daß die Aufrechnung nach dem Rechte der Forderung zu beurteilen sei, deren Erfüllung verlangt werde, die durch Aufrechnung getilgt werden solle oder, prozeßrechtlich gefaßt, deren Erlöschen durch die Aufrechnung behauptet werde, beschränken sich das Reichsgericht [37]) und davon beeinflußt das OLG. Dresden [38]) und an Schriftstellern mit Einschränkungen der Italiener *Cereti* [39]), die Deutschen *v. Bar* [40]), *Neumeyer* [41]) und *Walker* [42]). Auf die von den genannten deutschen Schriftstellern gemachten Einschränkungen braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da diese schon bei der Lehre von der Anwendung der lex fori (*v. Bar*) und der Kumulation (*Neumeyer, Walker*) erwähnt wurden. *Cereti* meint im Gegensatz zu seiner sonst vertretenen Lehre von der Kumulation, wenn eine der Parteien Erfüllung einer Forderung verlange und die andere Partei setze im Wege der Einrede die Aufrechnung entgegen, so müsse diese Einrede nach dem Gesetze beurteilt werde, das die Forderung regele, deren Erfüllung verlangt sei. Er will also nur für die Beurteilung der prozessualen Einrede seinen Standpunkt von der Kumu-

37) RG Bd. 26, S. 67.

38) OLG Dresden, 5. I. 1910, Annalen des Königlich-Sächsischen OLG.s zu Dresden, Bd. 32, S. 166.

39) Cereti, a. a. O., S. 148—151.

40) v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, 1892, S. 118.

41) Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. III, 2. Abtlg., München, Berlin und Leipzig, 1930, S. 309.

42) Walker, a. a. O., S. 450.

lation nicht vertreten. Eine solche Ausnahme kommt für das deutsche Recht nicht in Frage, da hier die Aufrechnungserklärung materiellrechtlicher und nicht prozessualer Natur ist.

Verschiedene Schriftsteller begründen ihre Lehre damit, daß das Recht, dem eine Forderung unterstehe, auch die Frage entscheide, ob das Verhältnis noch fortwirke oder z. B. schon durch Aufrechnung untergegangen sei.[43]) *Frankenstein*[44]) stellt für die materiell-rechtliche Aufrechnung den Satz auf: Ob der Schuldner sich durch etwas von seiner Schuld befreien könne, bestimme ausschließlich die Rechtsordnung, welcher diese Schuld unterstehe, d. h. das Schuldstatut. Sollte die Aufrechnung den Schuldner von seinen Verpflichtungen befreien, so müßten zunächst die Voraussetzungen erfüllt sein, unter denen das Schuldstatut die Aufrechnung zulasse (S. 275 unter β). Ebenso entscheide das Schuldstatut über die Durchführung der Aufrechnung (S. 276 unter γ). Auf das Statut des Gläubigers dagegen komme es nicht an. Ob die Aufrechnung auch den Untergang der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung bewirke, bestimme sich wieder lediglich nach dem Gebiet des Gläubigers, der ja für diese Forderung Schuldner sei. Wichtig von der Lehre *Frankensteins* für die Darstellung der hier zu gebenden Lösung des Aufrechnungsproblems ist nur, daß auch er ganz besonders die Hauptforderung internationalprivatrechtlich bevorzugt.

Neumeyer[45]) unterwirft nur die Frage, ob jemand durch Aufrechnung erfüllen könne, dem Recht, dem diese zu erfüllende Verpflichtung unterworfen ist. Sonst stellt er sich auf den schon oben dargestellten Standpunkt.

---

43) So Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich, 1902, II. Bd., S. 35.

44) Ernst Frankenstein, Internationales Privatrecht, Bd. II, Berlin-Grunewald, S. 274.

45) Neumeyer, Internationales Privatrecht, Berlin, 1923, S. 23.

Gutzwiller [46]) endlich beurteilt die Aufrechnung nach demselben Rechte, nach dem sich die Gültigkeit des Vertrages [47]) richtet. Hierbei bleibt unklar, ob er den Vertrag der Forderung, deren Erfüllung verlangt ist und durch Aufrechnung stattfinden soll, oder den Vertrag über die Gegenforderung oder gar einen besonderen Aufrechnungsvertrag meint. Eine Begründung für seine Lehre gibt er nicht.

Nur eine Entscheidung in der Rechtsprechung [47]) spricht von der Anwendung des Aufrechnungsstatutes. Das Recht, welches die schuldrechtliche Verpflichtung beherrsche, sei für die Frage maßgebend, wieweit die Schuld durch Aufrechnung getilgt sei. Eine nähere Begründung gibt das OLG. allerdings nicht.

Einen anderen Weg geht die Argumentation, die über das Recht des Erfüllungsortes zur Anwendung des Aufrechnungssatuts kommt. Mangels ausdrücklicher oder mutmaßlicher Parteivereinbarung sei das für einen Vertrag [48]) geltende Recht durch den Erfüllungsort der Forderung bestimmt. Nach diesem Rechte entscheide sich auch, ob die Schuld nach Voraussetzungen, Durchführung und Wirkungen durch Aufrechnung getilgt sei. [49])

Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. November 1906 [50]) geht in ihrer Begründung von der Frage aus, welche Wirkungen die gegenüber dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin von der Beklagten, einer deutschen Firma, erklärte Aufrechnung habe. Die Anwendung ausländischen Rechtes erscheine bei dieser Sachlage, so führt

---

46) Gutzwiller, Internationales Privatrecht, Berlin, 1930, S. 1617. Hier äußert sich der Verfasser nicht dazu, welches Recht anzuwenden sei, wenn es sich bei einer Aufrechnung um eine außervertragliche Forderung handelt.

47) OLG. Karlsruhe, 11. VI. 1924, Badische Rechtspraxis, Bd. 27, S. 34.

48) um die Tilgung einer Dahrlehnsschuld durch Aufrechnung handelt es sich im konkreten Fall.

49) OLG. Frankfurt, 27. IV. 1923, JW. 1924, S. 715—716 und die dort angeführten Zitate, insbes. ROHG. Bd. 10, S. 229 und OLG Kassel, OLG, Bd. 23, S. 14.

50) In der Zeitschrift für Internationales und öffentliches Recht, Bd. 18, S. 552.

das örtliche Recht des Aufrechnungsgeschäftes oder das Personalstatut des aufrechnenden Schuldners anwende.

Das OLG. Colmar [51]) begründet die Anwendung französischen Rechtes bei einem Aufrechnungstatbestande damit, daß es sich bei der Aufrechnung um einen Erlöschungsgrund der Hauptforderung handele.

Einen beachtlichen Gesichtspunkt für die Lösung des Problems bringen in neuester Zeit *Wolff* [52]) und *Nussbaum* [53]). Entscheidend sei für die Lösung, daß die Hauptforderung durch einen Akt des Schuldners o h n e W i l l e n des Gläubigers unbar getilgt werde, während die unbare Tilgung der Gegenforderung auf einem Akt ihres Gläubigers beruhe, also m i t s e i n e m W i l l e n geschehe. Die Voraussetzungen, die Vollziehung und die Aufrechnungswirkungen bei Geldforderungen seien nach dem Rechte der Forderung zu bestimmen, die ohne den Willen des Gläubigers getilgt werden solle.

Ganz besonders befaßt sich *Lewald* [54]) mit dem Aufrechnungsproblem. Er geht von der Lehre der Kumulation aus und meint, sie werde dem Wesen des Aufrechnungsinstituts nicht gerecht. Eine kumulative Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf denselben Tatbestand sei immer etwas Mißliches. Es sei bei der Prüfung der Voraussetzungen der Lehre von der Kumulation die Frage, ob denn wirklich bei der Aufrechnung die Stellung der Parteien gleichwertig sei. Dies verneint er (Nr. 343). Darauf geht er bei der Lösung des Problems von der Verpflichtung des Teiles aus, der die Aufrechnung geltend mache. Wenn eine der Parteien sich auf eine Gegenforderung berufe, so erstrebe sie Befreiung von ihrer Schuld. Es solle bei dem Aufrechnungsgegner dadurch erfüllt werden, daß er seiner-

---

51) OLG. Colmar, 22. V. 1906, Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen, Bd. 32, (1907), S. 313.

52) M. Wolff, Internationales Privatrecht, Berlin, 1933, S. 93 unter III.

53) Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen, 1932, S. 262 unter VIII.

54) Lewald, a. a. O., S. 280—283.

seits nicht mehr zu leisten brauche. Insoweit sei die Aufrechnung eine dem Gläubiger aufgedrängte datio in solutum (Nr. 344). Soweit also eine Befreiung des aufrechnenden Teiles in Frage stehe, könne nur das Statut angewandt werden, dem die durch Aufrechnung zu tilgende Forderung unterstehe, d. h. das Statut der Hauptforderung. Diese Rechtsordnung entscheide einmal, ob die Erfüllung überhaupt durch eine Aufrechnung ersetzt werden könne (Nr. 345, 1), sodann über die Voraussetzungen der Aufrechnung (Nr. 345, 2). Weiter bestimme sie die Frage des Vollzuges und nach den Wirkungen der Aufrechnung (Nr. 346). Zum Schluß seiner Ausführungen weist *Lewald* nach, daß sich seine Lehre durchaus mit dem Satze verträgt, daß über den Untergang einer Forderung stets deren eigenes Statut entscheide. [55])

---

55) Auf die bei Lewald auf S. 284 unter Nr. 348a zitierten Entscheidungen ist bis auf drei eingegangen worden.

Die Entscheidung des RG. vom 23. IX.—21. X. 1885, Bolze, Die Rechtspraxis des Reichsgerichts, Bd. II, Nr. 25 bietet zur Begründung der Lewald'schen Lehre wenig. Denn sie stützt sich auf Pr. A. L. I, 191, 85, der heute nicht mehr gilt.

Die Entscheidung des OLG Hamburg, 28. IV. 1920, Hanseatische 105 bietet keinen bestimmten Anhalt für die Anwendung des Aufrechnungsstatuts, d. h. des Statuts der Gegenforderung. Klägerin war eine Schweizer Gesellschaft, Beklagter ein Deutscher. Beklagter rechnete mit einer Gegenforderung wegen Nichterfüllung eines Vertrages durch die Schweizer Gesellschaft gegen die Hauptforderung dieser Gesellschaft auf. Hier sollte sich nach der Ansicht des OLG.s die Zulässigkeit der Aufrechnung nach deutschem Rechte bestimmen, dies nach dem Rechte der lex fori bzw. nach dem Rechte der Gegenforderung oder nach dem Rechte der Hauptforderung. Das OLG. gibt jedenfalls keine Begründung dafür, warum deutsches Recht anzuwenden ist. Es bemerkt vielmehr nur, im übrigen sei hinsichtlich des Klageanspruches (Hauptforderung) deutsches Recht anzuwenden, hinsichtlich der Gegenforderung aber schweizerisches Recht. Ein schlüssiger Beweis für die Anwendung des Aufrechnungssatuts ist damit nicht gegeben.

Die Entscheidung des OLG Hamburg 28. IV. 1920, Hanseatische Gerichtszeitung, 1920, Hauptblatt 91, S. 183, Spalte 2, hält es für zweifelhaft, ob es auf die Einrede der Verjährung (die in dem zu entscheidenden

2.

Die von *Wolff, Nussbaum* und besonders von *Lewald* gegebenen Begründungen erscheinen für die Lösung des hier behandelten Problems neben den anderen Begründungen vor allem untersuchens- und ergänzenswert. Außerdem werden sie durch Hinzufügung eigener Begründungen erhärtet werden.

Lewald ist der Ansicht, die Lehre von der Kumulation werde dem Wesen des Aufrechnungsinstitutes nicht gerecht (Nr. 342 a. E.). Berufe sich die eine der Parteien auf eine Gegenforderung, so erstrebe sie Befreiung von ihrer Schuld (Nr. 844 a. E.). Er stellt sich damit in Gegensatz zu der Lehre von der Kumulation, die nowendig zu ihrer Begründung von der Voraussetzung ausgehen muß, daß die Aufrechnung sowohl eine Befriedigung des aufrechnenden Schuldners als auch gleichzeitig und gleichwertig damit eine Befriedigung des Aufrechnungsgegners sei. Diese These ist nicht haltbar. Wenn auch zugegeben werden muß, daß die Aufrechnung beide Aufrechnungspartner befriedigt, so muß aber dennoch ihr Zweck vor allem in etwas anderem gesehen werden. Der auf Zahlung belangte Schuldner soll sich auf andere Weise als durch reale Leistung befreien können.

Prozesse geltend gemacht wurde) ankomme, „und zwar wegen der von der Beklagten (einer österreichischen Aktiengesellschaft) geltend gemachten, von der Klägerin (einer deutschen Firma) auf die gesamte Klageforderung gutgebrachten Gegenforderung". Diese Gutbringung der Klägerin sei, so bemerkt das OLG., als eine Erklärung der Aufrechnung gegen eine anerkannte Gegenforderung (das OLG meint wohl Hauptforderung) der Beklagten aufzufassen.

Der Aufrechnungstatbestand ist also hier der: Es hat die österreichische Aktiengesellschaft als Aufrechnungsgegnerin eine anerkannte Hauptforderung. Die deutsche Firma hat durch Gutbringung einer Gegenforderung gegen diese Hauptforderung aufgerechnet. Welcher Art diese beiden Forderungen sind, und welchem Recht sie unterliegen, ist aus den Ausführungen des OLG.s nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Damit ist aber ein schlüssiger Beweis für die Anwendung des Statuts der Hauptforderung, wie ihn wohl Lewald (a. a. O., S. 284 unter Nr 348a) für erbracht hält, nicht gegeben.

Der Aufrechnungsgegner soll dadurch von seinem in Anspruch genommenen Schuldner befriedigt werden, daß er seinerseits nicht mehr zu leisten braucht. Der Zweck der Aufrechnung ist also vor allem, für den Schuldner eine Befreiungsmöglichkeit von seiner Schuld zu schaffen. Diese Hauptfunktion der Aufrechnung läßt sich mehrfach beweisen. [56])

a) Das römische Recht sieht den Wert der Aufrechnung darin, daß derjenige, der aufrechne, von seiner Schuld befreit werde. Nicht solle die Aufrechnung der Eigenbefriedigung des Schuldners dienen. [57]) Außerdem spricht das BGB. fast regelmäßig von der Aufrechnung gegen eine Forderung. [58]) Weiter ist in den §§ 357 und 454 Abs. 2 BGB. sogar von dem „Befreien" eines Teiles bzw. des Mieters durch Aufrechnung gesprochen. Auch sprechen die §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2 und 1224 BGB. davon, daß die Befriedigung des Aufrechnungsgegners durch Aufrechnung erfolgen könne. Dieser Sprachgebrauch des Gesetzes weist darauf hin, daß das Gesetz vor allem bei der Aufrechnung eine Befreiungsmöglichkeit für den Schuldner schaffen wollte. Außerdem kann zur Stütze dieser These auf die Stellung des Titels „Aufrechnung" im Bürgerlichen Gesetzbuche unter dem Abschnitte „Erlöschen der *Schuld*verhältnisse" hingewiesen werden. Eine Schuld soll außer durch Erfüllung und die anderen Erfüllungssurrogate im Wege der Aufrechnung erlöschen können; der Schuldner soll dadurch von seiner Schuld befreit werden. Einen weiteren Grund könnte man endlich anführen. Die Wirkung der Aufrechnung ist im BGB. auf den Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit zurückbezogen (§ 389 BGB.). Es hätte keinen rechten Sinn, die Rückbeziehung anzuordnen, wenn der Zweck der Aufrechnung vor allem der wäre, die Befriedigung des Aufrechnenden zu erreichen; denn dann brauchte die Rückbeziehung nicht an-

---

56) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 69 vor I; Motive, Bd. II, S. 107.

57) D. 16, 2, 3 und 4.

58) §§ 387, 390 Satz 2, 392—395, 396 Abs. 1 Satz 1, 575 Satz 1, 719 Abs. 2, 1442 Abs. 2, 1997 Abs. 1 und Abs. 2, 2040 Abs. 2 BGB.

geordnet zu werden. Dem Interesse des Aufrechnenden würde im allgemeinen nämlich die Wirkung der Aufrechnung im Zeitpunkte der Aufrechnungserklärung genügen. Aus all' diesen Gründen ist es gerechtfertigt, in der Aufrechnung vor allem ein Institut zu sehen, das dem Schuldner helfen will, sich von seiner Schuld zu befreien.

b) Ist es aber richtig, diesen Grundsatz auch bei der Beurteilung international-privatrechtlicher Aufrechnungsbestände anzuwenden? Ohne weiteres kann man diese Frage nicht bejahen. Denn hier handelt es sich ja nicht um eine Aufrechnung von zwei Forderungen, die nur deutschem Rechte unterliegen, sondern um eine solche, die verschiedenen Rechtsordnungen, einer deutschen und ausländischen Rechtsordnung oder gar zwei gleichen oder verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen unterliegen. Diese Forderungen sollen in Deutschland aufgerechnet werden. Soweit bekannt geworden ist, wird die genannte Frage in der Literatur nur einmal kurz gestreift. [59]) Es wird gefragt, ob zivilistische Analyse im internationalen Privatrechte immer ausschließlich entscheidend sei. Ferner, ob es auch bei der Aufrechnung nicht einleuchtend sei, daß sich der Gläubiger immer dann eine Aufrechnung gefallen lassen müsse, wenn sie das Recht gestatte, dem seine Forderung unterstehe. Man wird demgegenüber die Lehre vertreten müssen, daß zivilistische Analyse für das deutsche internationale Privatrecht solange entscheidend ist, als sie nicht den in Literatur und Praxis anerkannten Grundsätzen, die gerade für dieses Recht gelten, widerspricht. So ist gerade im ganzen deutschen internationalen Privatrechte der Grundsatz angewandt worden, daß, solange ein Deutscher bei der Entscheidung einer international-privatrechtlichen Frage beteiligt ist, möglichst das deutsche Recht maßgebend sein und solange wie möglich bleiben müsse. Es soll dem deutschen Rechte eben vor anderen Rechten Geltung verschafft werden. Die Deutschen sollen grundsätzlich nach ihrem Rechte behandelt und geschützt werden. So bestimmt Art. 12 EG. z. BGB.

---

59) Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1932, S. 99 anläßlich der Besprechung des Lewald'schen Buches.

z. B., daß gegen einen Deutschen aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden können, als sie nach deutschem Gesetze begründet sind. Dies ist ein Beweis für oben geäußerte Ansicht. Ein Deutscher soll bei einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung international-privatrechtlich nicht schlechter als nach den Grundsätzen, die für das deutsche materielle Recht gelten, behandelt werden. Und Art. 27 bestimmt, daß selbst dann, wenn schon durch Bestimmungen des deutschen internationalen Privatrechtes ausländisches Recht für maßgebend erklärt ist, dennoch wieder deutsches Recht anzuwenden ist, wenn das ausländische Recht deutsches Recht für anwendbar erklärt, ein Beweis, daß möglichst deutsches Recht anzuwenden ist. Sind also Deutsche international-privatrechtlich zu beurteilen, so soll dies möglichst nach deutschem Rechte geschehen. Der Grundsatz, daß die Aufrechnung vornehmlich dazu geschaffen ist, dem Schuldner eine Befreiungsmöglichkeit zu geben, findet so auch im deutschen internationalen Privatrechte Anwendung.

Damit ist aber noch nicht klar entschieden, ob er auch dann gilt, wenn beide zur Aufrechnung geeigneten Forderungen gleichen oder verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen unterstehen und als solche in Deutschland zur Aufrechnung gestellt werden. Hier muß wohl, wenn die Forderungen g l e i ch e n ausländischen Rechtsordnungen unterliegen, die in Betracht kommende ausländische Rechtsordnung auch für die Aufrechnung in Deutschland allein maßgebend bleiben. Den dann ist wohl deutsches internationales Privatrecht überhaupt nicht anwendbar. Man wird vielmehr ein stillschweigendes Einverständnis der Parteien darüber annehmen müssen, daß in Deutschland zur Aufrechnung gestellte Forderungen, die gleichen ausländischen Rechten unterliegen, nur nach diesem behandelt werden sollen. Lehnt man eine solche Konstruktion ab, so wird man zum mindesten das Vorliegen einer Kollisionsfrage, über die deutsches internationales Privatrecht zu entscheiden hat, verneinen müssen. Denn es erscheint unbillig, zwei in Deutschland zur Aufrechnung gestellte Forderungen, die beide ihrem Ursprunge nach

gleichem ausländischem Rechte unterliegen, deutschem internationalen Privatrechte zu unterwerfen, nur weil sie in Deutschland aufgerechnet werden sollen. Anders kann es schon sein, wenn die beiden in Deutschland zur Aufrechnung gestellten Forderungen verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen unterliegen. Dann wird man mangels ausdrücklich entgegenstehender Parteivereinbarung annehmen müssen, daß bei der Beurteilung dieses Aufrechnungsbestandes in Deutschland deutsches internationales Privatrecht neben dem für Aufrechnung der Forderungen sonst maßgebenden ausländischen Rechte angewandt werden soll. Mit dieser Entscheidung werden die Schwierigkeiten gemildert, die bei einer Aufrechnung von Forderungen auftauchen können, die verschiedenem ausländischem Rechte unterliegen. Man denke hier an die Schwierigkeiten, die sich aus der verschieden gestalteten Rechtsnatur der Aufrechnung zweier Forderungen ergeben. Gehören zwei Forderungen dagegen der gleichen ausländischen Rechtsordnung an, so wird sich hinsichtlich der Rechtsnatur weniger eine Schwierigkeit bei der Aufrechnung dieser Forderungen im deutschen internationalen Privatrechte ergeben. Denn dann kommt eben für die Beurteilung der Rechtsnatur der Aufrechnung nur ein ausländisches Recht in Betracht. Und dieses muß, wie oben ausgeführt, auch bei der Aufrechnung in Deutschland maßgebend bleiben.

c) Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ist: 1. Das Wesen der Aufrechnung besteht vor allem darin, den Schuldner von seiner Schuld zu befreien. 2. Dieser Grundsatz findet auch Anwendung im deutschen internationalen Privatrechte bei Beurteilung von Aufrechnungstatbeständen, deren beide Forderungen entweder der deutschen und einer ausländischen Rechtsordnung oder zwei verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen unterstehen. Daraus kann man die weitere Folgerung ziehen, daß im Interesse des Gläubigers als des Aufrechnungsgegners die Rechtsordnung seiner Forderung entscheiden muß, ob und wie sie durch Aufrechnung getilgt wird. Zur Begründung dieser Lehre kann auch angeführt werden, wie dies *Wolff* und *Nussbaum* tun, daß deshalb das genannte Statut Anwen-

dung finden muß, weil doch die Aufrechnung häufig ohne jedes Zutun, oft sogar gegen den Willen des Gläubigers, der an realer Leistung ein erhebliches Interesse hat, geschieht, während doch die Forderung des Schuldners an den Gläubiger durch die Aufrechnung meistens mit seinem Willen erfüllt wird, das Interesse des Schuldners also gewahrt wird. Ferner ist noch zu beachten, daß, nur kollisionsrechtlich gesehen, die Stellung der Parteien nicht, wie die Lehre von der Kumulation behauptet, bei der Aufrechnung gleichwertig ist. Hierauf weist auch *Lewald* mit Recht hin. Dies trifft sowohl für die Voraussetzungen, die Durchführung als auch die Wirkungen der Aufrechnung zu. Es ist z. B. nach französischem Rechte Voraussetzung einer gültigen Aufrechnung, wie angegeben, daß die Forderungen, von einigen Ausnahmen abgesehen, liquide seien. Dieses grundsätzliche Erfordernis kennt das deutsche Recht nicht. Hat also die eine Partei eine französischem Rechte unterliegende, zur Aufrechnung geeignete l i q u i d e Forderung, die andere Partei dagegen eine deutschem Recht unterliegende, zur Aufrechnung geeignete i l l i q u i d e Forderung, so ist bei einer Aufrechnung dieser beiden Forderungen die Stellung der Parteien, n u r kollisionsrechtlich gesehen, n i ch t gleichartig; denn die Forderungen sind ungleichartig. Ferner scheint die Stellung der Parteien hinsichtlich der Durchführung und des Eintritts der Wirkungen der Aufrechnung bei den Rechtsordnungen, die keine Aufrechnung mittels Parteierklärung kennen, also die Wirkungen ipso iure eintreten lassen, gleich zu sein. Das ist aber in der Praxis, wie erwiesen, nicht der Fall, sondern es wird die ipso-iure-Wirkung der Aufrechnung nicht von Amts wegen, sondern nur dann berücksichtigt, wenn sich die eine Partei darauf beruft. Außerdem knüpft auch das deutsche Recht schon an die Aufrechnungslage Wirkungen, wenn auch nur fiktiv (= die Forderungen . . . . g e l t e n als erloschen), nachdem eine Aufrechnungserklärung erfolgt ist. Aus alledem folgt, daß, nur kollisionsrechtlich gesehen, die Stellung der Parteien nicht gleichwertig ist. Daraus folgt wieder, daß der Aufrechnungsgegner bei der Aufrechnung im deutschen internationalen Privatrechte geschützt werden muß. Dies geschieht am besten dadurch,

daß man die Rechtsordnung, der seine Forderung untersteht, für die Aufrechnung maßgebend sein läßt.

d) Diese Lehre widerspricht auch nicht den Materialien[60]) zum EG. des BGB. Nur ein Recht könne, so führen die Materialien aus, über den Inhalt und den Umfang des Geschäftes entscheiden. Wähle man zwischen der lex domicilii des Schuldners und der des Gläubigers, so könne die Entscheidung nur zu Gunsten der ersteren ausfallen. Der prävalierende Teil sei der Schuldner. In seiner Hand liege der wirtschaftliche Endzweck der Obligation, die Erfüllung. Erkläre man, so führen die Materialien weiter aus, die lex domicilii für entscheidend, so seien damit keineswegs alle Schwierigkeiten behoben. Die meisten Schuldverhältnisse seien doch solche, wo beide Teile Gläubiger und Schuldner seien. Gehörten deren Wohnsitze verschiedenen Rechtsgebieten an, so entstehe von neuem die Frage, ob beide Rechte zur Anwendung kommen sollten oder nur eines von ihnen. Die Lösung liege anscheinend da: Man zerlege die betreffenden Schuldverhältnisse in zwei einheitliche Obligationen und beurteile jede von ihnen nach dem Domizilrechte desjenigen, der in ihm als Schuldner erscheine. Ob eine solche Zerlegung mit Recht geschehe, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls dürfe das Moment der Gegenseitigkeit, der Abhängigkeit der Leistungen voneinander, nicht außer Acht gelassen werden. Und dies stehe der durchgängigen abgesonderten Beurteilung entgegen. Auch bei der Aufrechnung stehen zwar zwei Forderungen inbezug auf die Leistungen in Abhängigkeit voneinander. Die beiden Forderungen sind unbedingt zur Erfüllung durch das Erfüllungssurrogat der Aufrechnung zusammengenommen nötig. Läßt man eine Forderung in der rechtlichen Betrachtung weg,

---

60) Vgl. dazu Theodor Niemeyer, Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechtes im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. („Die Gebhardtschen Materialien"), München u. Leipzig, 1915, S. 145, 146. — Ernst Zitelmann, Artikel 7—31 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig, 1908. Er stellt den Text der einzelnen Entwürfe synoptisch zusammen.

so kommt eine Erfüllung durch Aufrechnung nicht zustande. Dies läßt eine getrennte Behandlung der Forderungen im allgemeinen nicht zu. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß unter Berücksichtigung der Abhängigkeit der Leistungen voneinander dennoch das Statut einer Forderung bei der Aufrechnung den Ausschlag gibt. Dies muß dann wegen des Wesens der Aufrechnung und im Interesse des Aufrechnungsgegners die Rechtsordnung der Hauptforderung sein.

e) Es widerspricht dies auch nicht, worauf *Lewald* (unter Nr. 347) hinweist, dem Satze, daß die Rechtsordnung, die über die Entstehung einer Forderung entscheide, auch für deren Untergang maßgebend sei. Die hier vertretene Lehre muß trotzdem auch auf die Gegenforderung angewandt werden. Wer sich gegenüber einer Hauptforderung auf die Aufrechnung mit einer Gegenforderung beruft, erlangt zwar in erster Linie durch die Aufrechnung Befreiung von seiner Schuld, aber auch Befriedigung für die ihm gegen den Aufrechnungsgegner zustehende Gegenforderung. Er braucht eben selbst seine Leistung nicht mehr zu erbringen. Es liegt hier aber keine datio in solutum vor. Eine solche wäre nur gegeben, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt. (§ 364 Abs. 1 BGB.). Hier aber führt der Gläubiger selbst (als Aufrechnender) durch die Geltendmachung der Aufrechnung die Befreiung von seiner geschuldeten Leistung herbei. Entsteht also bei der kollisionsrechtlichen Beurteilung eines Aufrechnungstatbestandes die Frage nach dem Erlöschen der Gegenforderung, so ist nicht Aufrechnungsvoraussetzung, daß die Rechtsordnung der Gegenforderung die Aufrechnung gestattet. Vielmehr braucht nur die Rechtsordnung der Hauptforderung sie zu gestatten. Die Rechtsordnung der Gegenforderung entscheidet nur über die Frage, ob die Forderung besteht, und ob nach erklärter Aufrechnung die Forderung erloschen ist. Ist also im deutschen Rechte eine diesem unterliegende Hauptforderung durch eine ausländischem Rechte unterliegende Gegenforderung getilgt worden, und würde nunmehr in Deutschland die untergegangene Gegenforderung geltend gemacht werden, so ist nach der hier vertretenen Lehre die Zulässigkeit einer solchen Geltendmachung

nach dem ausländischen Rechte als dem Rechte der Gegenforderung zu entscheiden. Auch das ist aber, wie gezeigt, die Regelung ausländischer Rechtsordnungen, daß eine Schuld nach erfolgter gültiger Aufrechnung untergeht, der Schuldner also frei wird.

Kennt nun aber ausnahmsweise eine ausländische Rechtsordnung die Aufrechnung als Erfüllungssurrogat nicht, dann würde die zur Aufrechnung benutzte Gegenforderung nach dieser Rechtsordnung bestehen bleiben. Würde nunmehr der Gläubiger, der mit dieser Gegenforderung gegen eine deutschem Rechte unterliegende Hauptforderung aufgerechnet hat, die Erfüllung der Gegenforderung in Deutschland verlangen, so könnte durch die Bereicherungsklage aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. (condictio indebiti) die durch Aufrechnung bewirkte Leistung zurückverlangt werden. Denn es hätte dann der ausländische Gläubiger für seine ausländischem Rechte unterliegende Gegenforderung an den deutschen Schuldner durch die nach deutschem Rechte zu beurteilende und erfolgte Aufrechnung bzw. in sonstiger Weise (dadurch, daß die Hauptforderung nach deutschem Rechte erloschen ist) etwas, die Befreiung von seiner Schuld an den deutschen Schuldner, auf dessen Kosten erlangt. Diese Leistung wäre sine causa erfolgt, da ein Rechtsgrund zur Befreiung von der Schuld nicht bestand; denn die Aufrechnung im deutschen internationalen Privatrechte hat zur Vorraussetzung, daß durch sie der Aufrechnungsgegner von seiner Schuld befreit wird.

Außer der Bereicherungsklage aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. könnte in dem genannten Falle der aus der nach ausländischem Rechte noch nicht erloschenen Gegenforderung in Anspruch genommene Deutsche im Prozesse gegenüber dieser Forderung die exceptio doli erheben und so die geltend gemachte nach deutschem internationalem Privatrechte schon erloschene Forderung vernichten. [61])

61) So auch Lewald, a. a. O., S. 284, Nr. 347 a. E. und Neumeyer, Internationales Verwaltunsrecht, Bd. III, Teil 2, S. 309.

f) Zu Beginn der Untersuchungen zur Lösung des Aufrechnungsproblems im deutschen internationalen Privatrechte wurde neben der Forderung, daß die Lösung dem Wesen der Aufrechnung und der, daß sie den Parteiinteressen entsprechen müsse, noch die Forderung aufgestellt, daß sie am besten den Bedürfnissen des internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs gerecht werden müsse. Daß die hier vorgeschlagene Lösung dem Wesen der Aufrechnung und den Parteiinteressen entspricht, wurde schon gezeigt. Übrig bleibt nun noch die Untersuchung des letzten aufgestellten Erfordernisses. Hier wird eine Begründung nicht mit rechtlichen, sondern überwiegend unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen müssen.

Welches ist die Funktion, die die Aufrechnung im internationalen Wirtschaftsverkehr zu übernehmen hat? Sie soll Geldersatz in der modernen internationalen, oftmals in ihrem Aufbau sehr verwickelten Wirtschaft sein. Sie soll die Abwicklung von Rechtsverhältnissen bei Vorliegen gegenseitiger Forderungen dadurch erleichtern helfen, daß die beiden Forderungen nicht getrennt durch reale Leistung erfüllt werden, sondern gegenseitig in Rechnung gestellt und möglichst unbar erfüllt werden. Dadurch können einmal die beiden Forderungen viel schneller getilgt werden, als es bei getrennter Behandlung möglich wäre. Dies ist ein Moment, das im Interesse sowohl des Gläubigers als auch des Schuldners, eben zur möglichst schnellen und reibunglosen Abwicklung von Geschäften und damit für das Arbeiten und den Gewinn an Kapital, sehr zu beachten ist. Sodann werden durch die Möglichkeit, Forderungen durch Aufrechnung zu tilgen, die internationalen Wirtschaftsbeziehungen gefördert, weil die Hemmnisse, die durch getrennte Behandlung der Forderungen entstehen, wegfallen oder doch zum mindesten nicht so groß sind. Es steht wieder bei der Aufrechnung von Forderungen zur Debatte, wie man die Aufrechnung am besten durchführt. Aufrechnungsgegner und Aufrechnender haben beide ein Interesse daran, die Schulden in bar bezahlt zu bekommen, aber auch nicht in bar bezahlen zu müssen. So muß notwendig die Frage beantwortet werden, welches Interesse vor allem beachtet werden muß. Denn beide Interessen

gleich zu befriedigen, ist nicht möglich. Wenn nun ein Teil die Aufrechnung geltend macht, so gibt er damit zu erkennen, daß er nicht in bar leisten will. Sein Aufrechnungsgegner aber, der vielleicht ein großes Interesse an der Barbezahlung hat, kann, wirtschaftlich gesehen, die Aufrechnung nicht ablehnen, wenn er nicht Gefahr laufen will, überhaupt nichts zu bekommen. So muß er wenigstens, wenn er sich schon notgedrungen auf die Aufrechnung einlassen muß und dadurch sein Interesse an Barbezahlung nicht befriedigt wird, rechtlich geschützt werden. Dies geschieht am besten dadurch, daß man dem Aufrechnenden die Aufrechnung nicht zu leicht macht und diese nur zuläßt, wenn sie nach der Rechtsordnung, der die durch Aufrechnung zu tilgende Forderung unterliegt, gestattet ist. Damit wird den Interessen des internationalen Wirtschaftsverkehrs am besten gedient; denn es wird Klarheit geschaffen über die Aufrechnungsmöglichkeit und dadurch die Voraussetzung für die möglichst reibungslose Abwicklung internationaler Wirtschaftsverhältnisse.

So steht die Lehre, daß bei der Aufrechnung im deutschen internationalen Privatrechte die Rechtsordnung anzuwenden ist, der die durch Aufrechnung zu tilgende Hauptforderung untersteht (= Aufrechnungsstatut), begründet da. Sie wird dem Wesen der Aufrechnung, den Interessen der beteiligten Parteien und den Bedürfnissen des internationalen Wirtschaftsverkehrs am besten gerecht.

3.

a) Das Aufrechnungsstatut entscheidet zunächst, ob eine Aufrechnung bei dem zu beurteilenden Aufrechnungstatbestande überhaupt zulässig ist. Ist die Hauptforderung eine Forderung eines Deutschen aus einer in Deutschland begangenen vorsätzlichen unerlaubten Handlung eines Franzosen gegen diesen, und beruht die Gegenforderung eines Franzosen auf einer von einem Deutschen in Frankreich begangenen vorsätzlichen unerlaubten Handlung, so ist gemäß § 393 BGB. als dem Aufrechnungsstatut im deutschen internationalen

Privatrechte eine Aufrechnung ausgeschlossen. Wäre dagegen die Hauptforderung die eines Franzosen aus einer in Frankreich begangenen vorsätzlichen unerlaubten Handlung eines Deutschen, die Gegenforderung aber eine solche aus einer in Deutschland begangenen vorsätzlichen unerlaubten Handlung eines Franzosen, so müßte an und für sich das Recht des Aufrechnungsstatuts Anwendung finden, also das französische Recht. Dieses kennt aber, wie gezeigt, eine solche allgemeine Fassung wie § 393 BGB. nicht. Infolgedessen müßte man eine Aufrechnung in solchem Falle zulassen, da sie nach französischem Rechte nicht verboten ist. Dem widerspricht aber die ausdrückliche Gesetzesbestimmung des Art. 12 des EG. zum BGB., nach welcher aus der in Frankreich begangenen vorsätzlichen oder fahrlässigen unerlaubten Handlung eines Deutschen gegen diesen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden können, als sie nach deutschen Gesetzen begründet sind. Nach deutschem Rechte ist aber eine Aufrechnung gegen eine aus vorsätzlicher oder fahrlässiger unerlaubter Handlung entstandene Hauptforderung ausgeschlossen. Also muß sie es auch bleiben, selbst wenn das Aufrechnungsstatut, hier das französische Recht, sie gestattet. Dies folgt aus dem oben vertretenen Grundsatze, daß solange zivilistische Analyse im deutschen internationalen Privatrecht entscheidend ist, als sie nicht den anerkannten Grundsätzen, die gerade für dieses Recht gelten, widerspricht. Ein solcher Grundsatz enthält aber der Art. 12. Mithin muß man zu obiger Entscheidung kommen.

Entsteht weiter die Frage, ob man denn mit einer Gegenforderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung aufrechnen könne, so ist dies im deutschen und französischen Rechte zu bejahen; denn in beiden Rechten ist eine solche Aufrechnung, wie bewiesen, gestattet. Hat ein Franzose oder ein Deutscher eine Hauptforderung, so kann der Deutsche wie auch der Franzose mit einer Gegenforderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung aufrechnen; denn das Aufrechnungsstatut, das deutsche oder das französische, läßt dies zu. Gestattet ein Recht wie das Schweizer eine Aufrechnung gegen eine auf Delikt beruhende Haupt-

forderung, so kann gegen diese aufgerechnet werden: Ein Deutscher hat gegen einen Schweizer eine schweizerischem Recht unterworfene Hauptforderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung. Der Schweizer hat gegen den Deutschen eine deutschem Rechte unterliegende Gegenforderung aus Vertrag. Hier könnte der Schweizer mit seiner Forderung gegen die auf Delikt beruhende Gegenforderung des Deutschen aufrechnen, da das Aufrechnungsstatut, das Schweizer Recht, dies gestattet. Aber auch der Deutsche könnte gegen die Hauptforderung aus Vertrag des Schweizers aufrechnen, da eine Aufrechnung m i t einer Gegenforderung aus Delikt im Schweizer Rechte nicht verboten ist. Würde das englische Recht für die Hauptforderung maßgebend sein, so wäre auch hier, wie gezeigt, eine Aufrechnung g e g e n eine englischem Recht unterliegende Hauptforderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung im deutschen internationalen Privatrechte ausgeschlossen. Mit einer solchen Gegenforderung könnte aber aufgerechnet werden.

Nicht nur bei Beurteilung von Tatbeständen, in denen m i t einer oder g e g e n eine Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung aufgerechnet werden soll, findet das Aufrechnungsstatut Beachtung, sondern auch da, wo das Aufrechnungsstatut Ansprüche auf Rückgabe einer verwahrten oder zum Gebrauch geliehenen Sache nach französischem Rechte betrifft. Hat ein Franzose eine französischem Rechte unterliegende Hauptforderung auf Rückgabe einer verwahrten Sache gegen einen Deutschen, ein Deutscher eine deutschem Recht unterliegende Gegenforderung auf Schadenersatz aus einem Kaufvertrage wegen Sachmängel, so wäre eine Aufrechnung des Deutschen mit seiner Gegenforderung ausgeschlossen, da jene nach französischem Rechte als dem Aufrechnungsstatut nicht möglich ist (Art. 1293 Ziffer 2 CC.). Läge der Fall umgekehrt, so könnte der Franzose mit seiner Gegenforderung aus Vertrag wohl gegen die deutschem Rechte unterliegende Hauptforderung auf Rückgabe einer verwahrten Sache aufrechnen; denn dann entschiede ja das deutsche Recht darüber, ob eine solche Aufrechnung möglich ist. Endlich bestimmt auch das Aufrechnungsstatut darüber, ob gegen eine un-

pfändbare Hauptforderung aufgerechnet werden kann. Hat ein Gefolgschaftsmitglied eine unaufrechenbare Lohnforderung gegen den Betriebsführer, und hat dieser eine dem französischen Rechte unterworfene Forderung an das Gefolgschaftsmitglied, so kann einmal der Betriebsführer nicht aufrechnen, aber auch das Gefolgschaftsmitglied kann es nicht; denn der Betriebsführer würde nach deutschem Rechte durch eine solche Aufrechnung nicht frei werden. Hier zeigt sich erst so recht die Richtigkeit der hier vertretenen Lehre mit ihren Folgerungen für das Wirtschaftsleben.

Aus all' den eben aufgeführten Beispielen erhellt, daß das Aufrechnungsstatut stets die Frage entscheiden muß, ob eine Aufrechnung überhaupt zulässig ist. Auch hier zeigt sich wieder, daß die Lehre von der Anwendbarkeit des genannten Status bei der Aufrechnung im deutschen internationalen Privatrechte am besten den Interessen des Aufrechnungsgegners als dem meistens ohne seinen Willen durch die Aufrechnung Beschwerten gerecht wird.

b) Das Aufrechnungsstatut entscheidet weiter über die Voraussetzungen, die bei einer gültigen Aufrechnung vorliegen müssen. Es bestimmt nicht nur die Voraussetzungen für die Hauptforderung, sondern auch die der Gegenforderung. Ist eine liquide Hauptforderung deutschem Rechte unterworfen, eine illiquide Gegenforderung französischem Rechte, so kann selbst mit dieser illiquiden Gegenforderung im deutschen internationalen Privatrechte aufgerechnet werden, obwohl eine solche Aufrechnung im französischen Rechte, von einigen Ausnahmen abgesehen, unzulässig wäre. Es ist eben allein das Aufrechnungsstatut für die Frage zuständig, ob mit einer illiquiden Gegenforderung aufgerechnet werden kann. Dies läßt hier das deutsche Recht zu. Umgekehrt, unterliegt die liquide Hauptforderung französischem Rechte, die illiquide Gegenforderung deutschem Rechte, so könnte in Deutschland nicht mit dieser illiquiden Gegenforderung aufgerechnet werden, da nur das Aufrechnungsstatut, hier das französische Recht, darüber entscheidet, ob mit dieser illiquiden Gegenforderung, die nicht unter die oben angeführten Ausnahmen des französischen Rechtes gehören soll, aufgerechnet wer-

den kann. Sind beide Forderungen illiquide, so könnte der Schudner der deutschem Rechte unterworfenen Forderung aufrechnen, nicht aber im allgemeinen der Schuldner der französischen Forderung. Im ersteren Falle wäre das Aufrechnungsstatut das deutche Recht. Dies läßt die Aufrechnung mit einer illiquiden französisch-rechtlichen Gegenforderung zu. Im zweiten Falle wäre aber das Aufrechnungsstatut das französische Reecht. Dies läßt eine Aufrechnung grundsätzlich nicht zu. Die Frage, ob die Gegenforderung den Erfordernissen des Aufrechnungsstatuts entspricht, entscheidet das Statut, dem sie selbst unterliegt. Ist in den angeführten Beispielen die liquide oder illiquide Gegenforderung französischem Rechte unterworfen, so entscheidet dies auch über die Frage, ob diese Forderung liquide oder illiquide ist. Untersteht die Hauptforderung englischem Rechte, die Gegenforderung aber deutschem Rechte, so entscheidet allein das englische Recht über die Aufrechnungserfordernisse. Umgekehrt, untersteht die Hauptforderung deutschem Rechte, die Gegenforderung englischem Rechte, so ist für die Aufrechnungsvoraussetzungen allein das deutsche Recht maßgebend. Grundsätzlich ist, wie erwähnt, im englischen Rechte die Aufrechnung von Gesamtschulden im Sinne des englischen Rechtes gegenüber Einzelschulden ausgeschlossen, da es hier an der erforderlichen Gegenseitigkeit fehlt. Im deutschen Rechte dagegen kann jeder einzelne Gesamtschuldner mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung aufrechnen und umgekehrt; denn jeder Gesamtschuldner ist zur Zahlung des Ganzen verpflichtet, und der Gläubiger kann von jedem einzelnen die ganze Leistung verlangen (§ 421 BGB.). Will nun in Deutschland ein deutscher Gesamtschuldner gegen eine englischem Rechte unterworfene Einzelhauptforderung eines Engländers aufrechnen, so ist dies ausgeschlossen; denn das Aufrechnungsstatut, das englische Recht, läßt grundsätzlich eine solche Aufrechnung nicht zu. Läge der Fall umgekehrt, so könnte ein englischer Gesamtschuldner in Deutschland mit einer ihm gegen den deutschen Gläubiger zustehenden, deutschem Rechte unterworfenen Gegenforderung aufrechnen, da hier das Aufrechnungsstatut, das deutsche Recht, dies gestattet. Ver-

sagt man in den genannten Fällen die Aufrechnung, weil das Aufrechnungsinstitut sie verbietet, obwohl das Statut der Gegenforderung sie gestattet, so liegt dies im Interesse des Aufrechnungsgegners. Die Interessen des Aufrechnenden müssen dann zurückstehen. Sein Interesse wird d o ch noch von der Rechtsordnung gewahrt. Er hat seine Forderung noch nicht verloren. Er kann sie ja immer noch im Wege einer Klage geltend machen. Gestattet man die Aufrechnung, so liegt dies im Interesse beider Parteien. Das Interesse des Aufrechnungsgegners wird insofern gewahrt, als doch die Aufrechnung wenigstens, wenn der Aufrechnungsgegner auch keine Barzahlung erhält, nach dem Aufrechnungsstatut beurteilt wird. Dadurch erhält er möglichsten Rechtsschutz. Das Interesse des Aufrechnenden wird aber auch beachtet. Er wird durch die Aufrechnung von seiner Schuld befreit.

c) Nicht nur die Voraussetzungen der Aufrechnung, sondern auch ihre Durchführung werden vom Aufrechnungsstatut bestimmt. Dieses entscheidet darüber, ob zur Aufrechnung eine Erklärung des Aufrechnenden erforderlich ist, oder ob die Aufrechnung ipso iure erfolgt. Das Aufrechnungsstatut beantwortet die Frage, ob die „Geltenmachung" der Aufrechnung eine Willenserklärung im Sinne des deutschen Rechtes ist. Es entscheidet weiter darüber, ob sie nur auf das Parteivorbringen, daß die Schuld ipso iure getilgt worden sei, wie z. B. grundsätzlich im französischen Rechte, berücksichtigt wird. Endlich trifft das Aufrechnungsstatut die Bestimmung darüber, ob die „Geltendmachung" der Aufrechnung eine Einrede im Sinne des set-off ist bzw. als eine Klage, counter-claim oder cross-action, anzusehen und zu bewerten ist.

d) Endlich bestimmt sich nach dem Aufrechnungsstatut die Frage, welche W i r k u n g e n die mit Recht erfolgte Aufrechnung hat. Es entscheidet, ob die Wirkungen erst, wie im englischen Rechte, durch Urteil nach erfolgtem set-off oder nach erhobener Klage eintreten, oder ob die Wirkungen schon in dem Augenblicke, wo die Forderungen zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten

sind (§ 389 BGB. bzw. „à l'instant, où elles se trouvent exister à la fois [Art. 1920 CC.]) eintreten. Würde die Hauptforderung englischem Rechte unterliegen, die Gegenforderung aber deutschem Rechte, so würde die Aufrechnungswirkung nicht schon in dem Augenblick eintreten, wo die Forderungen als zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind, sondern erst mit Erlaß eines sie aussprechenden Urteils. Nach englischem Rechte als dem Aufrechnungsstatut müßte eben auch die Frage entschieden werden, wann und wie die Aufrechnungswirkungen eintreten.

4.

Die Untersuchungen über die Anwendbarkeit und Folgerungen der Lehre, daß das Aufrechnungsstatut für die Aufrechnung im deutschen internationalen Privatrechte maßgebend sei, erstreckten sich bis jetzt nur auf das deutsche materielle internationale Privatrecht im allgemeinen. Es bleibt nun noch übrig, die aufgestellte Lehre auf ihre Anwendbarkeit insbesondere im deutschen internationalen Zivilprozeß-, Konkurs-, Vergleichs- und Handelsrechte zu untersuchen.

Was zunächst das deutsche internationale Zivilprozeßrecht betrifft, so taucht hier die Frage auf, ob auch das Aufrechnungsstatut uneingeschränkt bei der im Prozesse abgegebenen Aufrechnung Anwendung findet. Sicher ist hier, daß der deutsche Richter bei der Aufrechnung als Prozeßhandlung, soweit für sie das deutsche Zivilprozeßrecht eine besondere Regelung getroffen hat, nur dieses, die lex fori, anwenden darf.[62]) Er hat alle und grundsätzlich nur die deutschen Prozeßvorschriften zu beachten. Eine Anwendung der Prozeßvorschriften des Aufrechnungsstatuts etwa scheidet grundsätzlich aus. Denn eine solche beschränkt sich im allgemeinen nur auf das Territorium des Staates, für das sie erlassen sind. Eine Anerkennung

62) Dölle, a. a. O., S. 42.

ausländischer Prozeßregeln könnte außerhalb des ausländischen Staates grundsätzlich nur dann in Deutschland Anerkennung und Anwendung finden, wenn eine solche kraft ausdrücklichen völkerrechtlichen Vertrages erfolgt wäre. Dies ist aber in Deutschland für die für die Aufrechnung geltenden Prozeßregeln nicht der Fall.

Gemäß § 145 Abs. 3 ZPO. kann das deutsche Gericht, wenn der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend macht, die mit der Klageforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, anordnen, daß über die Klage und Aufrechnung getrennt verhandelt werde. Eine ähnliche Bestimmung trifft § 302 Abs. 1 ZPO., in dem über den Klageanspruch unter Vorbehalt der späteren Entscheidung über die Aufrechnung ein Urteil erfolgen kann, wenn er urteilsreif ist. In beiden Fällen spielt das für die Aufrechnung sonst unerhebliche Erfordernis des rechtlichen Zusammenhanges eine Rolle. Dieser wird besonders hervorgehoben, weil daran häufig das Vorliegen der Liquidität erkannt werden kann. Dieses Schutzmittel gegen Prozeßverschleppung hat eine nachteilige Folge für den Fall, daß die bestrittene Gegenforderung nachträglich doch erwiesen wird. Es entsteht eine Schadensersatzpflicht des Klägers, der die Aufrechnung nicht gestattete (§ 302 Abs. 4 Satz 3 ZPO). Selbst wenn die Forderungen in rechtlichem Zusammenhange stehen, so kann der deutsche Richter den nachträglich vorgebrachten Aufrechnungseinwand gemäß § 279 Abs. 1 ZPO. zurückweisen, wenn durch dessen Zulassung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert würde, oder wenn nach der freien Überzeugung des Richters die Partei in Prozeßverschleppungsabsicht oder aus grober Nachlässigkeit den Einwand nicht vorher vorgebracht hat. Für die Berufungsinstanz kommt stets für den deutschen Richter § 529 ZPO. zum Zuge: Macht der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend, so ist die hierauf begründete Einwendung nur zulassen, wenn der Kläger einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält. Besondere Beachtung verdient hier § 322 Ab. 2 ZPO. Nach allgemeinen Prozeßrechtsgrundsätzen ergibt sich, daß die im Prozeß im Wege einer Einrede geltend gemachte Auf-

rechnung die Gegenforderung nicht rechtshängig werden läßt.[63]) An sich müßte dies auch für die Rechtskraft gelten. Hier macht § 322 Abs. 2 ZPO. eine Ausnahme. Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig. Hierdurch werden die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft festgesetzt. Es sind die sie betreffenden Vorschriften Prozeßregeln. Als solche sind sie vom deutschen Richter in dem Sinne zu beachten, als er an die von einem deutschen Gerichte getroffene rechtskräftige Feststellung, daß die Gegenforderung nicht besteht, gebunden ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich die Gegenforderung materiell nach einer ausländischen Rechtsordnung bestimmt. Ob § 322 Abs. 2 ZPO. nur dann gilt, wenn die Gegenforderung schon vor der Geltendmachung nicht bestanden hat[64]) oder auch dann, wenn sie durch die Geltendmachung zu bestehen aufgehört hat[65]), ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht zu entscheiden. Eingegangen werden muß aber im deutschen internationalen Zivilprozeßrechte noch auf die Entscheidung der Frage, welchen Einfluß es hat, wenn eine Partei im Termin ausbleibt und die erschienene Partei entweder aufrechnen oder sich schon auf eine vorher erfolgte Aufrechnung berufen kann. Erscheint der Kläger nicht, so ist gemäß § 330 ZPO. ein Versäumnisurteil auf Antrag zu erlassen, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei. Dem Beklagten bleibt also die Aufrechnung erspart. Die Säumnis des Klägers ermöglicht es dem Beklagten, ein Sachurteil zu erlangen.[66]) Erscheint der Beklagte nicht, und hat der Kläger in seinem tatsäch-

---

63) Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, Berlin, 1929, S. 104, II, 1.

64) So z. B. RG. Bd. 70, S. 158; Bd. 80, S. 166.

65) So Rosenberg, a. a. O., § 156, II, 2 a. E. und Paul Oertmann, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin, 1916, S. 239 ff.

66) Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, Tübingen 1928, I zu § 330.

lichen Vorbringen erklärt, der Beklagte habe aufgerechnet, diese Aufrechnung sei aber unzulässig und daher unwirksam, so muß das Gericht auch diese dem Kläger ungünstige Tatsache verwerten. Ergibt eine solche Verwertung, daß die ungünstige Tatsache den Rechtsbestand des vom Kläger geltend gemachten Anspruches vernichtet hat, dann ist der Kläger trotz der Säumnis des Beklagten abzuweisen. Darauf, daß der Kläger die rechtliche Tragweite der Tatsache falsch würdigte, kommt es nicht an.[67]) In die Reihe der auch für das deutsche internationale Privatrecht geltenden deutschen Prozeßvorschriften gehören endlich auch die Prozeßregeln über die Eventualaufrechnung. Es bestreitet der Beklagte in erster Linie den klägerischen Anspruch, macht aber für den Fall, daß der Richter die Klageforderung als zu Recht bestehend annimmt, noch eine aufrechenbare Gegenforderung geltend. Diese Eventualaufrechnung ist im Gesetz nicht geregelt. Die Begründungen, die für ihre Zulässigkeit im deutschen Zivilprozeßrechte gegeben werden,[68]) interessieren in diesem Zusammenhange nicht. Entscheidend ist nur hier, daß von allen Schriftstellern die Eventualaufrechnung für zulässig gehalten wird. Hier taucht nur die Frage auf, wie der deutsche Richter nach deutschem internationalen Zivilprozeßrechte auf die geltend gemachte Gegenforderung hin sich zu verhalten hat. Er muß zunächst den Bestand der Hauptforderung prüfen und darf erst dann über die Aufrechnung entscheiden.[69]) So muß er selbst dann vorgehen, wenn die Klageforderung illiquid und die Gegenforderung liquid ist.[70])

---

67) Stein-Jonas, a. a. O., III, zu 4, zu § 331. Die obigen Ausführungen betreffen den Aufrechnungseinwand im Prozesse bei der Anwendung des deutschen Rechtes als lex fori.

68) Stein-Jonas, a. a. O., VI, 2c zu § 145; RG. Bd. 97, S. 273; Enneccerus-Lehmann, § 69, III, 1.

69) Enneccerus-Lehmann, § 69, III, 2 (Beweiserhebungstheorie).

70) a. A. Adolf Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, Teil II, Berlin, 1906 (Klageabweisungstheorie). Er weist die Klageforderung dann ab, weil ja sicher die Tatsache feststehe, daß der klägerische Anspruch unbegründet sei.

Alle genannten Prozeßregeln hinsichtlich der Aufrechnung hat der deutsche Richter, kurz gesagt, aus dem deutschen Zivilprozeßrechte zu entnehmen. Dies gilt auch für das deutsche internationale Zivilprozeßrecht. Er darf aber auch nur diese anwenden, nicht etwa ausländische Prozeßregeln, die das ausländische Statut aufgestellt hat, anstatt der deutschen Prozeßvorschriften oder wahlweise neben diesen. Es ist aber damit nicht gesagt, das die im Prozeß abgegebene Aufrechnung nur Prozeßhandlung sein muß. Sie kann auch zugleich ein materielles Rechtsgeschäft sein. Die Klagezurücknahme z. B. ist einmal Prozeßhandlung. Sodann zeitigt sie auch Wirkungen außerhalb des Prozeßrechtes. Dann ist sie materielles Rechtsgeschäft und unterliegt als solches den Bestimmungen des Aufrechnungsstatuts. Hat z. B. der Beklagte im Prozeß den Aufrechnungseinwand erhoben und wird danach die anhängige Klage mit seiner Zustimmung zurückgenommen, dann behält die einmal erklärte Aufrechnung ihre volle Wirkung. Der im Prozeß erhobene Aufrechnungseinwand wird dann als abgegebene materiell-rechtliche Willenserklärung angesehen und als solche auch rechtlich behandelt. Anderseits ist die außerhalb des Prozesses abgegebene Aufrechnungserklärung eine materiell-rechtliche Willenserklärung mit materiell-rechtlichen Wirkungen; für diese gilt das Aufrechnungsstatut. Wird die Aufrechnung vor dem Prozesse erklärt und im Prozesse geltend gemacht, so liegt eine Prozeßhandlung, eine Einrede, vor. Es kann in diesem Falle streitig werden, ob gleichzeitig eine materiell-rechtliche Norm vorliegt. Diese Frage ist nach der hier vertretenen Lehre nur nach dem Aufrechnungsstatut zu beantworten. Würde dieses eine Norm als materiell-rechtliche erklären, so würde diese nach den Regeln des Aufrechnungsstatuts beurteilt werden. Ist das deutsche Recht als Aufrechnungsstatut anwendbar, und erklärt dieses eine Norm als prozeßrechtliche, so ist nur das deutsche Zivilprozeßrecht für deren Beurteilung maßgebend, selbst wenn das Recht der Gegenforderung die in Frage stehende Norm als materiell-rechtliche ansieht. Wenn z. B. das deutsche Recht als Aufrechnungsstatut anwendbar ist und danach der Aufrechnungseinwand

Prozeßhandlung ist, so ist und bleibt nur das deutsche Zivilprozeßrecht für die Beurteilung dieses Aufrechnungseinwandes maßgebend. Dies auch dann, wenn das französische Recht, dem die Gegenforderung untersteht, den Aufrechnungseinwand als materiell-rechtliche Norm ansehen würde.

Eine Folge endlich des Satzes, daß der deutsche Richter bei der Aufrechnung alle und grundsätzlich nur die deutschen Prozeßregeln anwenden darf, ist auch die, daß er bestimmte Möglichkeiten des ausländischen Prozeßrechts, die Aufrechnung trotz Nichtvorliegens aller Erfordernisse geltend zu machen, als Normen des ausländischen Prozeßrechtes nicht anwenden darf. Dies ist der Fall z. B. bei der schon erwähnten compensation judiciaire und bei der Möglichkeit der Geltendmachung der Aufrechnung durch die counterclaim und die cross-action im englischen Rechte.

5.

Es soll weiter die Frage beantwortet werden, inwieweit die Lehre von der Anwendbarkeit des Aufrechnungsstatutes für das deutsche internationale „Konkursrecht" Anwendung findet. Die praktische Bedeutung dieser Frage erhellt daraus, daß es für einen ausländischen Konkursgläubiger, wenn er zugleich der deutschen Konkursmasse etwas schuldet und sich im deutschen Konkurse durch Aufrechnung von seiner Schuld befreien kann, gleichsam eine abgesonderte, privilegierte Befriedigung für die Forderung bedeutet. Er wird daher ein großes Interesse an der Möglichkeit einer Aufrechnung im deutschen Konkurse haben.

Auszugehen hat die Untersuchung von der Feststellung, daß ein ausländischer Konkursgläubiger im deutschen Konkurse den inländischen Konkursgläubigern gleichgestellt ist (§ 5 KO.). Es kann also auch im deutschen Konkurse ein ausländischer Gläubiger aufrechnen. Die materiellen Voraussetzungen der Aufrechnung ergeben sich nach der hier vertretenen Lehre aus dem Aufrechnungssatut, also aus dem Rechte, dem die Schuld des ausländischen Gläubigers an die Masse unterworfen ist. Dies ergibt sich aus § 53 KO., nach

dem ein Gläubiger, soweit er zur Aufrechnung befugt ist, seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen braucht. Inwieweit aber ein ausländischer Konkursgläubiger zu einer Aufrechnung im deutschen Konkurse befugt ist, ergibt sich, wenn seine Schuld an die Masse deutschem Rechte unterworfen ist, aus deutschem materiellen Rechte als dem Aufrechnungsstatut [71]). Dies sind die Bestimmungen der §§ 387 ff. BGB., soweit diese nicht durch die §§ 53 ff. KO. modifiziert sind. Einerseits wird im Interesse des Konkursgläubigers und zu seiner weiteren Sicherung für ihn im Falle der Konkurseröffnung seines Schuldners die Aufrechnungsmöglichkeit erleichtert. Es wird gemäß § 54 Abs. 1—3 KO. von dem Erfordernisse der Fälligkeit allgemein und von dem Erfordernis der Gleichartigkeit nach Abs. 4 in bestimmter Hinsicht abgesehen. Anderseits wird gemäß §§ 55, 56 KO. im Interesse der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger die Aufrechnungsmöglichkeit im deutschen Konkurse beschränkt. Sind also sowohl nach den allgemeinen Vorschriften des Aufrechnungsstatuts als nach den Sonderbestimmungen des Konkursrechts die Voraussetzungen für eine Aufrechnung im Konkurse gegeben, so kann auch ein ausländischer Gläubiger mit einer ausländischem oder deutschem Rechte unterstehenden Gegenforderung an die Konkursmasse gegen seine deutschem Rechte unterliegende Schuld an die Masse aufrechnen; denn dann gestattet das Aufrechnungsstatut die Aufrechnung. Unterliegt aber die Schuld des ausländischen Konkursgläubigers an die Masse ausländischem Rechte, so entscheidet auch dieses als Aufrechnungsstatut darüber, welche Voraussetzungen für eine Konkursaufrechnung gegeben sein müssen. Dies allerdings nur, wenn die für die Aufrechnung im deutschen Konkurse gegebenen Sonderbestimmungen materielle Rechtsnormen sind. Sind sie dagegen nur Prozeßregeln, so müßte der

---

71) Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen, 1932, S. 456 unter 2; Frankenstein, a. a. O., S. 277 unter α; Ernst Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin, 1936, Bd. II, Anm. 36 zu § 53 und die dort angegebenen Zitate.

deutsche Richter sie als lex fori bei seiner Entscheidung beachten und anwenden. Aus ihrer systematischen Stellung in der KO. muß man sie aber als materielle Rechtsnormen ansehen. Denn sie stehen im ersten Buche unter „Konkursrecht", das im Gegensatz zum zweiten Buche „Konkursverfahren" materielles Konkursrecht enthält.[72]) Voraussetzung der Anwendung materiellen Konkursrechtes für das deutsche internationale Konkursrecht ist wegen der Gleichbehandlung aller Gläubiger aber, daß die Rechte der einzelnen Gläubiger nicht benachteiligt werden.[73]) Würden deren Rechte beeinträchtigt, sei es durch die Bestimmungen des ausländischen Konkursrechtes oder dadurch, daß ein ausländisches Recht ein Konkursverfahren überhaupt nicht kennt (z. B. Frankreich für Nichtkaufleute), so müßte als Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze im deutschen Konkurse materielles deutsches Konkursrecht insoweit angewandt werden, als dies die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangt.

Mit der Feststellung, daß die Bestimmungen der Konkursordnung im ersten Buche materielle Rechtsnormen enthalten, ist aber die Untersuchung, soweit sie das deutsche internationale Konkursrecht betrifft, noch nicht erschöpft. Bis jetzt wurde nur die Frage beantwortet, ob und wie ein ausländischer Konkursgläubiger gegen seine deutsche oder ausländische Schuld an die deutsche Konkursmasse aufrechnen könne. Es kann aber auch die Frage auftauchen, ob ein deutscher Masseschuldner bei seiner Aufrechnung mit einer deutschem Rechte unterliegenden Gegenforderung an die Konkursmasse als Konkursgläubiger gegenüber einem ausländischen Gemeinschuldner nach den allgemeinen Vorschriften oder daneben auch nach den Sonderbestimmungen für die Aufrechnung im Konkursrecht aufrechnen könne. M. a. W.: Es ist für das deutsche internationale Konkursrecht die Frage zu entscheiden, ob die Sonderbestimmungen

---

72) So, wenn auch ohne diese Begründung: OLG. Frankfurt, 27. IV. 1923, JW. 1923, S. 716.

73) Nußbaum, a. a. O., S. 456 unter 1; RG. 7. IV. 1886, Bd. 16, S. 61; pro: Frankenstein, a. a. O., S. 278, β.

der deutschen Konkursordnung für die Aufrechnung gegenüber ausländischen Konkursmassen Anwendung finden. Gesagt wurde eben schon, daß die deutschen Aufrechnungsbestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuche und in der Konkursordnung materiell-rechtlicher Natur sind. Daraus folgt, daß sie nicht nur für den deutschen Konkurs, sondern, soweit sie materielles Recht enthalten, allgemein auf jeden Konkurs Anwendung finden, also auch gegenüber dem ausländischen Konkurs.[74]) Die Gegenansicht[75]) geht von dem Grundsatz der Territorialität des Konkurses aus und leitet diesen aus § 238 KO. her. Es habe der ausländische Konkurs überhaupt keine Wirkung in Deutschland. Auch könnten die Bestimmungen der §§ 53 ff. KO. nicht angewandt werden. Wenn man auch im allgemeinen dem Grundsatze der Territorialität des Konkurses als eines Verfahrens, das sich nur auf e i n Territorium erstreckt, zustimmen muß, so gibt es dennoch aus rechtspolitischen Gründen Ausnahmen davon für das materielle Konkursrecht. Das deutsche Recht will dem deutschen Masseschuldner die Aufrechnung erleichtern helfen. Es soll vermieden werden, daß ein deutscher Masseschuldner selbst in voller Höhe zahlen muß, aber selbst z. B. mit seiner höheren, aber noch nicht fälligen Forderung mehr oder weniger aussichtslose Ansprüche im Auslande erfolgen muß.[76]) Es besteht daher kein Bedenken, daß ein deutscher Masseschuldner in Deutschland bei der Aufrechnung die materiellen Konkursbestimmungen des deutschen Konkursrechtes hinsichtlich der Aufrechnung gegenüber einer ausländischen Konkursmasse geltend macht.[77]) Beispiel: Eine deutsche Bank hat von einer holländischen Bank gegen Verpfändung von deutschen Reichsschatzanweisungen ein deutschem Rechte unterstehendes Darlehn erhalten.

---

74) Nußbaum, a. a. O., S. 456, 1 im Gegensatz zu 2.

75) z. B. Kleinfeller in seiner Anmerkung zu OLG. Frankfurt, a. a. O., S. 716; OLG. Wien, 21. VI. 1887, J. 1885, 1907 hat die Aufrechnung gegenüber einer französischen Konkursmasse nicht nach der österreichischen KO., sondern nach allgemeinen Bestimmungen beurteilt.

76) Frankenstein, a. a. O., S. 279, β.

77) Nußbaum a. a. O., S. 456 unter 1.

Sie könnte sich im Falle des Konkurses der holländischen Bank, wenn diese auf Rückzahlung des Darlehns gegen Herausgabe der Reichsschatzanweisungen klagt, bei der Aufrechnung in Deutschland auf die Erleichterungen des § 54 KO. berufen. [78])

Die für das deutsche internationale Konkursrecht entwickelten Grundsätze für die Aufrechnung finden auch im deutschen internationalen Vergleichsrechte Anwendung. Auch hier sind ausländische Gläubiger den inländischen gleichgestellt (§ 37 der Vergl.O. vom 16. Februar 1935). Hinsichtlich der Aufrechnung bestimmt § 54, daß die Vergleichsgläubiger und die in § 29 bezeichneten Gläubiger auch nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens zur Aufrechnung befugt bleiben. Es sind also auch alle ausländischen, nicht am Verfahren beteiligten Gläubiger, z. B. die bevorrechtigten Gläubiger, alle ausländischen Vergleichsgläubiger und alle in § 29 erwähnten Gläubiger zur Aufrechnung befugt. § 28 behandelt die vom Vergleich ausgeschlossenen Ansprüche (Schenkungsversprechen, Geldstrafen, Zinsen seit Eröffnung des Verfahrens, Verfahrenskosten der einzelnen Gläubiger). Die §§ 54, 55 KO. betreffend die Besonderheiten der konkursrechtlichen Aufrechnung gelten für das Vergleichsverfahren sinngemäß (§ 54 Satz 1 Vergl.O.). Soweit hiernach die Aufrechnung statthaft ist, wird die Befugnis hierzu durch die Wirkungen des Vergleichs nicht berührt (§ 54 Satz 2 Vergl.O.). Es soll also ein Vergleichsgläubiger, der während des Verfahrens zur Aufrechnung befugt war, die Aufrechnungserklärung aber noch nicht abgegeben hat, seine ganze Forderung auch nach dem Zustandekommen des Vergleichs verwenden können. [79]) Die Anwendung dieser Grundsätze des § 54 Vergl.O. und des Grundsatzes von der Anwendung des Aufrechnungsstatuts auf das deutsche internationale Vergleichsrecht ergeben auch für den ausländischen Vergleichsgläubiger die Möglichkeit, daß er mit seiner ausländischem oder deutschem Rechte unter-

78) OLG. Frankfurt, a. a. O., S. 715/16.

79) Werner Vogels, Vergleichsordnung, Berlin, 1935, zu § 54 unter IV.

stehenden Gegenforderung gegen seine deutschem Rechte unterligende Schuld im Vergleichsverfahren aufrechnen kann. Unterläge aber seine Schud ausländischem Rechte, so würde auch dieses als Aufrechnungsstatut unter den bei dem Konkurse gegebenen Einschränkungen darüber entscheiden müssen, welche Voraussetzungen für eine Aufrechnung im Vergleiche gegeben sein müssen; denn der Hinweis auf die §§ 54, 55 KO. in § 54 Vergl.O. zeigt, daß auch für den Vergleich wenigstens die Bestimmungen über die Besonderheiten der konkursrechtlichen Aufrechnung als materiellrechtliche Vorschriften bei der Anwendung des Aufrechnungsstatuts zu beachten sind. Endlich sind auch die §§ 54, 55 KO., wenn auch der Grundsatz der territorialen Wirkung für das Vergleichs v e r f a h r e n gilt [80]), als materielle Bestimmungen bei einem ausländischen Vergleichsverfahren für einen deutschen Schuldner aus den für den Konkurs angegebenen Gründen anwendbar.

Eine Darstellung der Regelung der Aufrechnung im deutschen internationalen Privatrechte wäre unvollständig, würde sie nicht, wenn auch nur kurz, auf die Aufrechnung im deutschen internationalen H a n d e l s r e c h t e eingehen. Soweit hier eine Aufrechnung in Frage steht, bleibt es bei dem aufgestellten Grundsatze der Anwendung des Aufrechnungsstatuts. [81]) Ist dies die deutsche Rechtsordnung, so gilt zunächst das Handelsgesetzbuch. Eine ausdrückliche Regelung hat die Aufrechnung hier nicht gefunden. Es beschränkt sich vielmehr darauf, nur einen Fall einer Aufrechnungsmöglichkeit und zwei Fälle des Ausschlusses der Aufrechnung aufzustellen. Nach § 469 Abs. 3 HGB. können mittels Aufrechnung Ansprüche aus dem Eisenbahnfrachtvertrage auch gegen eine andere als die (in § 469 Abs. 1 HGB.) bezeichneten Bahnen geltend gemacht werden, wenn die Klage sich auf denselben Frachtvertrag stützt. Diese Aufrechnungsmöglichkeit kann nach § 471 Abs. 1 HGB. weder durch

---

80) Vogels, a. a. O., Einleitung V, 1b.

81) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III, 14. Aufl., Berlin und Leipzig, 1933, Anhang zu § 372, Anm. 8.

die Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden. Diesem einzigen, praktisch aber unbedeutenden Fall der Möglichkeit einer Aufrechnung im HGB. stehen zwei Fälle eines Aufrechnungsausschlusses gegenüber, die auch im deutschen internationalen Handelsrechte bedeutsam werden können. Wenn ein ausgeschlossener (ausländischer) Aktionär der Aktiengesellschaft den eingeforderten Betrag nicht zahlt, so ist gemäß § 220 Abs. 1 HGB. dafür der Aktiengesellschaft der letzte und jeder frühere in dem Aktienbuche verzeichnete Rechtsvorgänger nach den näheren Bestimmungen des § 220 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Abs. 3 HGB. verhaftet, ein früherer Rechtsvorgänger, soweit die Zahlung von dessen Rechtsnachfolger nicht zu erlangen ist. Für letzteren Fall stellt § 220 Abs. 1 Satz 2 HGB. eine Vermutung auf. Nach § 221 Satz 1 HGB. können die Aktionäre und deren Rechtsvorgänger von diesen Leistungen nicht befreit werden. Sie müssen auch an die Gesellschaft real im Interesse der Gesellschaft leisten. Mit einer Gegenforderung an die Gesellschaft können sie gegen die Leistung aus § 220 Abs. 1 Satz 1 HGB. und außerdem gegen die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitalanlagen (§ 211 HGB.) nicht aufrechnen (§ 221 Satz 2 HGB.).[82]) Der gleiche Ausschluß der Aufrechnung besteht für die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 320 Abs. 3 HGB.)[83]) bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH.-Gesetz § 19 Abs. 2)[84]) und den Genossenschaften

---

82) Die gleiche Rechtslage ergibt sich aus dem am 1. 10. 37 in Kraft getretenen Aktiengesetze vom 30. 1. 37. Nach § 60 dieses Gesetzes können die Aktionäre, ihre Vormänner von ihren Leistungspflichten nach den §§ 49 (Hauptverflichtung der Aktionäre: Die Verpflichtung zur Leistung der Einlagen) und 59 (Zahlungspflicht der Vormänner) nicht befreit werden. Sie können gegen diese Pflichten eine Gegenforderung an die Gesellschaft nicht aufrechnen (§ 60, 2. Halbsatz).

83) Aus § 219, III des Aktiengesetzes ergibt sich die gleiche Rechtslage für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

84) Für die Verpflichtung der Gesellschafter zur Leistung der Stammeinlage (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1 und 2, 1. Halbsatz).

(Genossenschaftsgesetz § 22 Abs. 3) [85]). In den Fällen, in denen noch die Frage nach der Möglichkeit der Aufrechnung im deutschen internationalen Handelsrechte auftaucht, greifen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, also auch des EG. zum BGB. und damit die Bestimmungen für das deutsche internationale Privatrecht, gemäß Art. 2 Abs. 1 EG. zum HGB. ein. Daraus folgt, wenn man der hier vertretenen Lehre folgt, die Anwendung des Aufrechnungsstatuts auch für die Aufrechnungstatbestände im deutschen internationalen Handelsrechte.

III.

Auf ein letztes Problem muß bei der Darstellung der Aufrechnung im deutschen internationalen Privatrechte noch eingegangen werden, nämlich auf die Frage, welchen Einfluß hier die Währungsverschiedenheit der zur Aufrechnung gestellten Forderungen auf die Aufrechnung hat. [86]) Dabei sollen die zur Zeit in Deutschland geltenden Devisenbestimmungen außer Betracht bleiben, da sie nur eine zeitlich begrenzte Dauer haben sollen und die Darstellung des hier

---

85) Für die Verpflichtung des Genossen zur Einzahlung des Geschäftsguthabens (vgl. § 22 Abs. 3).

86) Literatur: Fritz Smoschewer, Aufrechnung von Valutaforderungen, JW. 1921, S. 1446, 1447. Hans Dölle, Die Kompensation im internationalen Privatrecht, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, 1924, unter IV, S. 44—47; Nußbaum, Arthur, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechtes, Tübingen, 1925, § 23 unter I S. 225 und 226 (abgekürzt: Nußbaum, Das Geld). — Reichel, Hans: Rückwirkung der Aufrechnung gegen Fremdgeldforderungen, Archiv für zivilistische Praxis, 1926, Bd. 126, S. 313 ff.; Frankenstein, Ernst, Internationales Privatrecht, Bd. II, Berlin-Grunewald, 1929, § 39, unter c): Aufrechnung von Valutaforderungen, S. 279—282; Neumeyer, Karl, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. III, 2. Abtlg., München, Berlin und Leipzig, 1930, S. 137—141 und S. 200 ff.; Nußbaum, Arthur, Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen, 1932, S. 262, unter VIII bis S. 263, Anm. 3.

behandelten Themas von dem Vorhandensein normaler internationaler Wirtschaftsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen ausgeht.

Nach der Lehre von der Anwendung des Aufrechnungsstatuts bei Aufrechnungstatbeständen im deutschen internationalen Privatrechte muß die Aufrechnung, ihre sonstigen Voraussetzungen als gegeben unterstellt, möglich sein, wenn sie das Aufrechnungsstatut zuläßt. Dies entscheidet auch über die Aufrechnung bei Währungsverschiedenheit. Ist das englische Recht Aufrechnungsstatut, so taucht die Frage auf, ob bei einer in Deutschland nach englischem Rechte zu beurteilenden Forderung, deren Valuta in Deutschland zu zahlen ist, auch das englische Recht maßgebend ist. In diesem ist, soweit feststellbar, keine Regelung darüber zu finden, wie eine nach englischem Rechte zu beurteilende Forderung, deren Valuta im Auslande zahlbar ist, bei der Aufrechnung zu bewerten sei. Es hat vielmehr nur die Regelung für die Aufrechnung einer englischem Rechte unterworfenen Forderung, deren Valuta in England zahlbar ist, getroffen. Dies ist ja auch nicht weiter verwunderlich nach dem Standpunkt von der Anwendbarkeit der lex fori bei der Aufrechnung im englischen internationalen Privatrechte. Es sollen nach englischem Rechte bei Zahlung und Aufrechnung von Valutaschulden, die im Inlande zahlbar sind, zwangsweise diese Schulden gerichtlich umgewandelt werden.[87]) Umrechnungszeitpunkt ist der Zeitpunkt, an dem das Gericht die Umrechnung vornimmt. Aus der prozessualen Natur der englischen Aufrechnung ergibt sich, daß die Aufrechnung zwischen Forderungen verschiedener Währung nicht ausgeschlossen ist.

Auch im französischen internationalen Privatrechte findet, soweit bekannt geworden, die Bedeutung der Währungsverschiedenheit bei der Aufrechnung für eine französischem Rechte unterworfene, aber im Auslande zahlbare Forderung keine Beachtung. Vielmehr wird in der französischen Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß in Frankreich zahlbare (und damit auch aufrechenbare) Valutaforderun-

87) Nußbaum, Das Geld, S. 226.

gen ein für allemal (unechte) Frankenforderungen seien.[88]) Im übrigen wird in Frankreich[89]) und Italien[90]) ohne weitere Begründung die Zulässigkeit der Aufrechnung von Forderungen verschiedener Währung bejaht. Für die Aufrechnung von solchen Forderungen, deren Aufrechnungsstatut entweder französisches oder englisches Recht ist, läßt sich aus der für das Inland im französischen und englischen Rechte getroffenen Regelung auch für das deutsche internationale Privatrecht eine Entscheidungsgrundlage gewinnen. Hier müssen bei der Aufrechnung, wenn das Aufrechnungsstatut das englische ist, dessen Grundsätze angewandt werden. Danach würden die Forderungen zum Kurse des Umrechnungszeitpunktes in englische Valutaforderungen umgewandelt und diese umgewandelten Forderungen gegeneinander zur Aufrechnung gestellt. Ist dagegen das französische Recht Aufrechnungsstatut, dann werden die beiden zur Aufrechnung einander gegenüberstehenden Forderungen verschiedener Währung bei der Aufrechnung als Frankenforderungen behandelt, d. h. sie werden im Zeitpunkte der Aufrechnungslage nach dem an diesem geltenden Kurswerte umgerechnet. Liegen die sonstigen materiellen Aufrechnungsvoraussetzungen vor, so werden sie dann gegeneinander aufgerechnet. Durch diese Lösung des Währungsproblems bei französischem oder englischem Rechte als Aufrechnungsstatut unterworfenen, in Deutschland zahlbaren Forderungen wird einmal den beteiligten Rechtsordnungen Rechnung getragen. Es werden die von ihnen aufgestellten Grundsätze angewandt. Aber auch die bei der Aufrechnung beteiligten Parteiinteressen finden Beachtung. Der Aufrechnungsgegner wird nicht schlechter und besser

---

88) Nußbaum, Das Geld, S. 226.

89) Béquignon, Charlotte, La dette de monnaie étrangère, 1925, S. 161.

90) Scaduto, G., I debiti pecuniari e il deprezzamento pecuniario, 1921, S. 45; Ascarelli, T., La moneta, 1923, S. 123 (für das Verhältnis zwischen einer Schuld inländischer Währung und einer solchen, die durch Rechtsgeschäft in fremder Währung begründet wurde); Rivista di diritto commerciale, 20, II, 205 (ein Schiedsspruch von 1922).

gestellt, als wenn die Aufrechnung in seinem Lande vollzogen würde. Der Aufrechnende verzichtet durch Geltendmachung der Aufrechnung auf seine Gegenforderung. Dieser Verzicht m i t seinem Willen erstreckt sich auch auf die Erfüllung in seiner Währung.

Untersteht aber die Hauptforderung in Deutschland deutschem Rechte als Aufrechnungsstatut, so entscheidet nur dieses über die Zulässigkeit der Aufrechnung von Forderungen verschiedener Währung. Dies könnte sich aus dem Begriff der „Gleichartigkeit" der Forderungen, wie er im deutschen Rechte aufgefaßt wird, und auch aus der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung des deutschen Rechtes, aus § 244 BGB., ergeben.

Sicher ist, daß eine Aufrechnung bei effektiv [91]) bezahlbarer Forderung fremder Währung mit oder gegen eine effektiv bezahlbare Forderung heimischer Währung ausgeschlossen ist; denn es fehlt dann an der Aufrechnungsvoraussetzung der Gleichartigkeit. Eine Ausnahme davon könnte durch Vertrag geschaffen werden und außerdem insoweit eintreten, als die Forderung heimischer Währung einem fremden Rechte untersteht, das die Zahlung in fremder Währung zuläßt; so etwa die Schweiz nach Art. 84 Abs. 2, nach dem die Zahlung in fremder Währung gestattet ist. Wollen die Parteien unstreitig die Effektivität beseitigen, so können die dies dadurch tun, daß sie entweder die Forderung fremder Währung in eine nicht effektiv bezahlbare Forderung fremder Währung oder nach § 305 BGB. in eine Forderung heimischer Währung umwandeln. Dann könnte die Forderung heimischer Währung zur Aufrechnung benutzt werden; bei nicht effektiv bezahlbarer Forderung fremder Währung durch den Schuldner allein, bei einem Vertrage nach § 305 BGB. durch Schuldner und Gläubiger. [92]) Ist die Forderung fremder Währung aber nicht effektiv zu bezahlen, so kann der Gläubiger immer nur fremde Valute fordern. Eine Aufrechnung durch ihn mit einer

91) Auch eine im Auslande bezahlbare Forderung fremder Währung ist eine effektiv bezahlbare Forderung fremder Währung; daher ist eine Aufrechnung nicht möglich. Dölle, a. a. O., S. 46; Reichel, a. a. O., S. 322, Anm. 5.

92) Reichel, a. a. O., S. 322.

in heimischer Währung lautenden Gegenforderung ist also unmöglich. Der Schuldner dagegen hat gemäß § 244 BGB. das Recht, die Forderung fremder Währung durch eine Forderung heimischer Währung zu tilgen. Er kann folglich auch mit einer Gegenforderung heimischer Währung aufrechnen. [93]) Voraussetzung der Aufrechnung ist aber, daß er sein Recht anwendet, die Forderung fremder Währung in eine Forderung heimischer Währung umzuwandeln. In der Aufrechnungserklärung liegt zugleich die Erklärung, die Forderung fremder Währung in eine Forderung heimischer Währung zu verwandeln. [94])

Aus § 244 BGB. ergibt sich aber nichts für den Fall, daß die zu tilgende Hauptforderung eine Forderung heimischer Währung, die Gegenforderung dagegen eine Forderung fremder Währung ist; ferner für den Fall, daß beide zur Aufrechnung gestellte Forderungen Forderungen verschiedener femder Währung sind. Hier hängt die Entscheidung davon ab, ob man sich auf einen rein formalen oder einen mehr wirtschaftlich orientierten Standpunkt hinsichtlich des Erfordernisses der Gleichartigkeit stellt. Nur formal betrachtet stehen sich bei Währungsverschiedenheit der Forderung zwei verschiedene Leistungen gegenüber; daher müßte man eine Aufrechnung ablehnen [95]), da es an der für die Aufrechnung erforderlichen Gleichartig-

---

93) Smoschewer, a. a. O., S. 1447; Dölle, a. a. O., S. 46; Nußbaum, Das Geld, S. 225; Reichel, a. a. O., S. 324; Frankenstein, a. a. O., S. 280; Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht, S. 262, unter VIII; RG., Bd. 106, S. 100; OLG. Hamburg, 7. VII. 1924, Hanseatische Gerichtszeitung, 1924, S. 198.

94) Smoschewer, a. a. O., S. 1447; Dölle, a. a. O., S. 46; Nußbaum, Das Geld, S. 226; Frankenstein, a. a. O., S. 280, unter bb.

95) Smoschewer, a a. O., S. 1447; Dölle, a. a. O., S. 45 (einschränkend insofern, als er dann die Gleichartigkeit bejaht, wenn die Bezugnahme auf ein bestimmtes Geldsystem den Inhalt der Geldschuld nicht auf Geldstücke gerade dieses Systems gerichtet sein lasse und die Auslegung ergebe, daß beide Zahlungen mit derselben Geldsorte zu leisten seien). Nußbaum, Das Geld, S. 225; Reichel, a. a. O., S. 323 (anscheinend: Das Gegenteil ist jedenfalls aus dem Text nicht zu entnehmen); Nußbaum, Das deutsche internationale Privatrecht, S. 262, unter VIII).

keit der Forderungen fehlt. Eine solche formale Betrachtung wird aber dem Erfordernis der Gleichartigkeit und den Parteiinteressen nicht genügend gerecht. Die Gleichartigkeit ergibt sich zwar noch nicht daraus, daß beide Forderungen verschiedener Währung auf Geldeswert gehen. Denn durch die währungsmäßige Ausprägung wird zwischen ihnen eine Währungsverschiedenheit hergestellt. Man muß aber beachten, daß bei der Aufrechnung die Forderungen beider Währungen nur Wert übertragen wollen, die währungsmäßige Ausprägung aber keine Rolle spielt. Ferner, daß der Begriff der Gleichartigkeit auch im deutschen Rechte ausgedehnt ist, insofern, als er die vertretbaren Sachen mitumfaßt. Die Personen wollen, wenn sie nicht ausdrücklich eine effektive Bezahlung ausbedungen haben, in der Regel nicht die Valuta erhalten, sondern ihren Wert. Hier ist es doch gleichgültig, ob sie statt der vereinbarten Währung eine solche erhalten, die genau soviel wert ist, und die sich jederzeit an Hand der amtlichen Kurszettel ermitteln läßt. Außerdem hat jede Partei ein Interesse daran, möglichst wenig Prozesse führen zu müssen und die geführten Prozesse möglichst schnell zu erledigen. Dazu trägt aber eine formale Betrachtung der Gleichartigkeit bestimmt nicht bei. Es muß auch für die Entscheidung von Aufrechnungstatbeständen bei Währungsverschiedenheit die wirtschaftlich einfachste Lösung geschaffen werden. Zu beachten ist außerdem noch, daß der Wortlaut des Gesetzes zur Aufrechnung nur Forderungen verlangt, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind. Forderungen auf Geldzahlung, wenn auch in verschiedener Währung, sind aber, wirtschaftlich gesehen, solange gleichartig, als nicht effektive Bezahlung vereinbart ist. Wenn eingewandt wird,[96]) daß die Aufrechnung dem Gläubiger das gleiche gewähren müsse wie die Bezahlung, eine Bezahlung in fremder Währung brauche sich aber der Gläubiger nicht gefallen zu lassen, so wird hierbei nicht beachtet, daß der Gläubiger bei der Aufrechnung gar kein Geld oder einen Geldanspruch erhält, sondern nur, daß seine Forderung im Umfange der Gegenforderung

96) Dölle, a. a. O., S. 45.

erlischt. Dieses Endergebnis wird aber besser und schneller dadurch erreicht, daß man das Erfordernis der Gleichartigkeit nicht zu eng faßt. Diese ist allgemein bei Forderungen verschiedener Währung gegeben, wenn sie nicht ausdrücklich effektiv geleistet werden sollen, oder wenn nicht die Absicht eines Ausschlusses der Aufrechnung aus den näheren Umständen zu entnehmen ist. Bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen ist dann eine Aufrechnung gestattet. [97])

Ist nun diese möglich, so spielt der Stichtag für die Kursberechnung eine wichtige Rolle. Bei der Bezahlung soll im deutschen Rechte die Umrechnung nach dem Kurswerte erfolgen, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist (§ 244 Abs. 2 BGB.). Für die Aufrechnung ist damit nur der Stichtag für den Tag festgesetzt, an dem der Forderung fremder Währung eine Forderung heimischer Währung gegenübersteht. Für die übrigen Fälle einer Aufrechnung von Forderungen verschiedener Währung hat man vier verschiedene Umrechnungspunkte angegeben: Der Zeitpunkt der Fälligkeit beider Forderungen [98]) oder der schuldnerischen Schuld fremder Währung, den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung, genauer den Zeitpunkt ihres Zugehens [99]), den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung, genauer den Zeitpunkt ihres Zugehens, [99]) den Zeitpunkt der Aufrechnungslage [100]) u. endlich der Zeitpunkt des höchsten

---

97) Frankenstein, a. a. O., S. 281, cc a. E.; Neumeyer, a. a. O., S. 139; Gaupp-Stein, a. a. O., Vorbem. I, 1, zu § 803; Planck-Silber, Kommentar zum BGB., II, 1, Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 1914, § 244, Abs. 1, wonach Valutaschulden reine Wertschulden sind.

98) Einschränkend Neumeyer, a. a. O., („in der Regel"); einschränkend RG. Bd. 96, S. 121; Bd. 96, S. 202 („nur für die Aufrechnung nach § 244").

99) Smoschewer, a. a. O., S. 1446 und 1447; Dölle, a. a. O., S. 46 bis 47; Nußbaum, Das Geld, S. 226 (einschränkend: Umwandlungserklärung, nicht Aufrechnungserklärung). Neumeyer, a. a. O., S. 141, Anm. 35 (einschränkend) RG. Bd. 106, S. 100; („der tatsächliche Zahlungstag").

100) Staub, a. a. O., zu § 361, Anm. 8 S. 272; Frankenstein, a. a. O., S. 282, unter γ.

Kurses der Zeit vom Fälligkeits- bis zum Zahlungstag. [101]) Der Zeitpunkt der (Mahnungs-)Fälligkeit beider Forderungen oder nur der Hauptforderung ist kein geeigneter Umrechnungszeitpunkt; denn hier wird der Aufrechnende insofern benachteiligt, als er ja nach § 211 Abs. 2 BGB. im Zweifel schon v o r der Fälligkeit zahlen und damit auch aufrechnen kann. Diese Möglichkeit besteht also schon zu einer Zeit, die nach der Ansicht von dem Fälligkeitszeitpunkte noch gar nicht bekannt ist. Die Benachteiligung des Schuldners mag in diesem Falle noch angehen, da diese ja mit seinem Willen geschieht. Unrichtig ist es aber, den Gläubiger zu benachteiligen, insofern, als der Schuldner die Möglichkeit hat, bei dem Fälligkeitstage als Umrechnungszeitpunkt auf Kosten des Gläubigers zu spekulieren. Fällt nämlich der Kurs, so ist der spätere Zeitpunkt der Erklärung für den Schuldner günstiger, steigt aber der Kurs, so ist es der Zeitpunkt der Fälligkeit. Im ersteren Falle würde er aufrechnen, im zweiten Falle in fremder Währung bezahlen. Das wäre aber eine Benachteiligung des Gläubigers, der doch im allgemeinen gar keinen Einfluß auf die Aufrechnung hat. Auch die Begründung für die Anwendung des Zeitpunktes der Fälligkeit, dieser lege erst das Maß der Leistung des Schuldners fest, ist nicht stichhaltig. Denn der Inhalt der Schuld ist nach wie vor der Fälligkeit ein feststehender Betrag. Aber auch der Zeitpunkt der Aufrechnungslage ist ungeeignet als Stichtag für die Umrechnung. Denn auch er bringt Unsicherheit in die Rechtsbeziehungen der Parteien. Der Tag der Aufrechnungslage mag da günstiger sein, wo die Aufrechnung ipso iure erfolgt. Wo aber, wie im deutschen Rechte, es zur *A u f* rechnung und damit auch zur *U m* rechnung eines Gestaltungsaktes bedarf, wäre eine Bezugnahme auf den Tag der Aufrechnungslage nicht im Interesse des Aufrechnungsgegners. Denn es würde auch hier wieder der Spekulation Tür

---

101) Reichel, a. a. O., S. 324, 325 und 326. Einen anderen günstigen Zeitpunkt für den Gläubiger wollen Meijers, Weekblad voor privatrecht, 1924, S. 170 ff.; Bolaffio, Codice di Commercio commentato [5]), S. 218 ff.; Magyari, Journal du droit international privé, 53, 221.

und Tor geöffnet. Ist seit der Aufrechnungslage der Währungskurs gefallen, so wird der Schuldner die Aufrechnung erklären. Ist er gestiegen, so wird er in bar bezahlen und seine Forderung auch in bar einklagen. Endlich ist der Tag des höchsten Kurses zwischen dem Fälligkeits- und Zahlungstag für den Umrechnungstag ungeeignet. Die Begründung dieser Ansicht, daß ihre Befolgung regelmäßig eine besondere Verzugsschadensforderung entbehrlich mache [102]), ist nicht stichhaltig. Eine solche Forderung hat einen ganz anderen Rechtsgrund als das aus der Aufrechnung folgende Umrechnungsrecht des Schuldners. [103]) Auch liegt hierin eine zu einseitige Parteinahme für den Gläubiger, die auch damit nicht entschuldigt werden darf, daß, wer ein „favorables Privileg geltend mache, es keinesfalls zum Schaden des Gegners mißbrauchen dürfe" [104]). Denn, wenn die Aufrechnung für den Aufrechnenden ein „favorables Privileg" ist, so darf es trotzdem nicht einseitig von dem Aufrechnungsgegner zum Nachteil des Gläubigers ausgenutzt werden.

So bleibt nach Ablehnung des Zeitpunktes der Fälligkeit, der Aufrechnungslage, des höchsten Kurses zwischen Fälligkeits- und Zahlungstag der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zur Zeit ihres Zugehens (§ 130 BGB.) übrig. Er entspricht am besten dem deutschen Rechte. Denn er allein ist geeignet, Sicherheiten in den Parteibeziehungen herbeizuführen. Erst an dem genannten Zeitpunkt treten im deutschen Rechte die praktischen Wirkungen der Aufrechnung ein, die Befreiung des Schuldners in erster Linie und dann seine und des Gläubigers Befriedigung. Man kann dieser Ansicht nicht entgegenhalten, sie stelle doch noch mehr die Aufrechnung in das Belieben des Schuldners und ermögliche ihm eine Kursspekulation. Denn die gleiche Möglichkeit hat doch auch meistens der Gläubiger, wenn er durch rechtzeitige Erklärung der Aufrechnung seine Interessen wahrnimmt.

---

102) Reichel, a. a. O., S. 326.
103) Neumeyer, a. a. O., § 97, S. 200.
104) So Reichel, a. a. O., S. 326.

Der Zeitpunkt des Zugehens der Aufrechnungserklärung verträgt sich auch mit der Rückwirkung der Aufrechnung im deutschen Rechte. Zwar ist die Gleichartigkeit der Valutaforderung nicht erst im Zeitpunkte der Aufrechnungserklärung gegeben [105]); denn eine solche Annahme wäre, wie oben dargestellt, zu formalistisch. Die Wirkungen der Aufrechnung nach § 389 sind aber nur die, daß die Forderungen im Zeitpunkt der Aufrechnungslage als erloschen g e l t e n. Sie s i n d aber noch nicht erloschen. Endgültig erlöschen sie erst durch die Geltendmachung der Aufrechnung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung. Daher muß dieser Zeitpunkt auch ein für allemal für die Währungsfrage entscheidend sein.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Die Aufrechnung von Forderungen verschiedener Währung, von denen die Hauptforderung dem deutschen Rechte als dem Aufrechnungsstatut angehört, erfolgt nach diesem. Die Gleichartigkeit bei nicht effektiv bezahlbaren Forderungen verschiedener Währung ist trotz Währungsverschiedenheit gegeben. Eine Aufrechnung ist daher, wenn ihre sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, möglich. Stichtag für die Kursberechnung ist trotz Gleichartigkeit und damit der Aufrechnungsmöglichkeit der Forderungen verschiedener Währung der Tag des Zugehens der Aufrechnungserklärung.

---

105) a. A. Smoschewer, a. a. O., S. 1447; Dölle, a. a. O., S. 46.

Lebenslauf.

In Düsseldorf wurde ich, Franz-Joseph Rausch, am 3. 9. 1907 als Sohn der Eheleute Joseph Rausch und Anna Maria Rausch, geb. Wallenborn geboren. Nach Besuch der Volksschule und des Friedrich-Wilhelms-Gymnasiums in Trier bestand ich an letzterem Ostern 1927 die Reifeprüfung. Vom Sommersemester 1927 bis zum Wintersemester 1934/35 studierte ich mit einigen Unterbrechungen in Freiburg, Berlin und Bonn Rechtswissenschaft. In den letzten Semestern meines Studiums und danach befaßte ich mich besonders mit internationalem Privatrecht und mit Völkerrecht. Ich besuchte in Bonn bei Prof. Dr. Dölle zwei bürgerlich-rechtliche Seminare. In einem dieser Seminare hielt ich ein Referat über die Hinterlegung, den Erlaß und insbesondere die Aufrechnung als Erfüllungssurrogate im deutschen internationalen Priavatrechte. Hieraus entstand vorliegende Doktordissertation. Meine mündliche Doktorprüfung bestand ich am 28. 6. 1937.